Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen

Eine systematische Darstellung

von

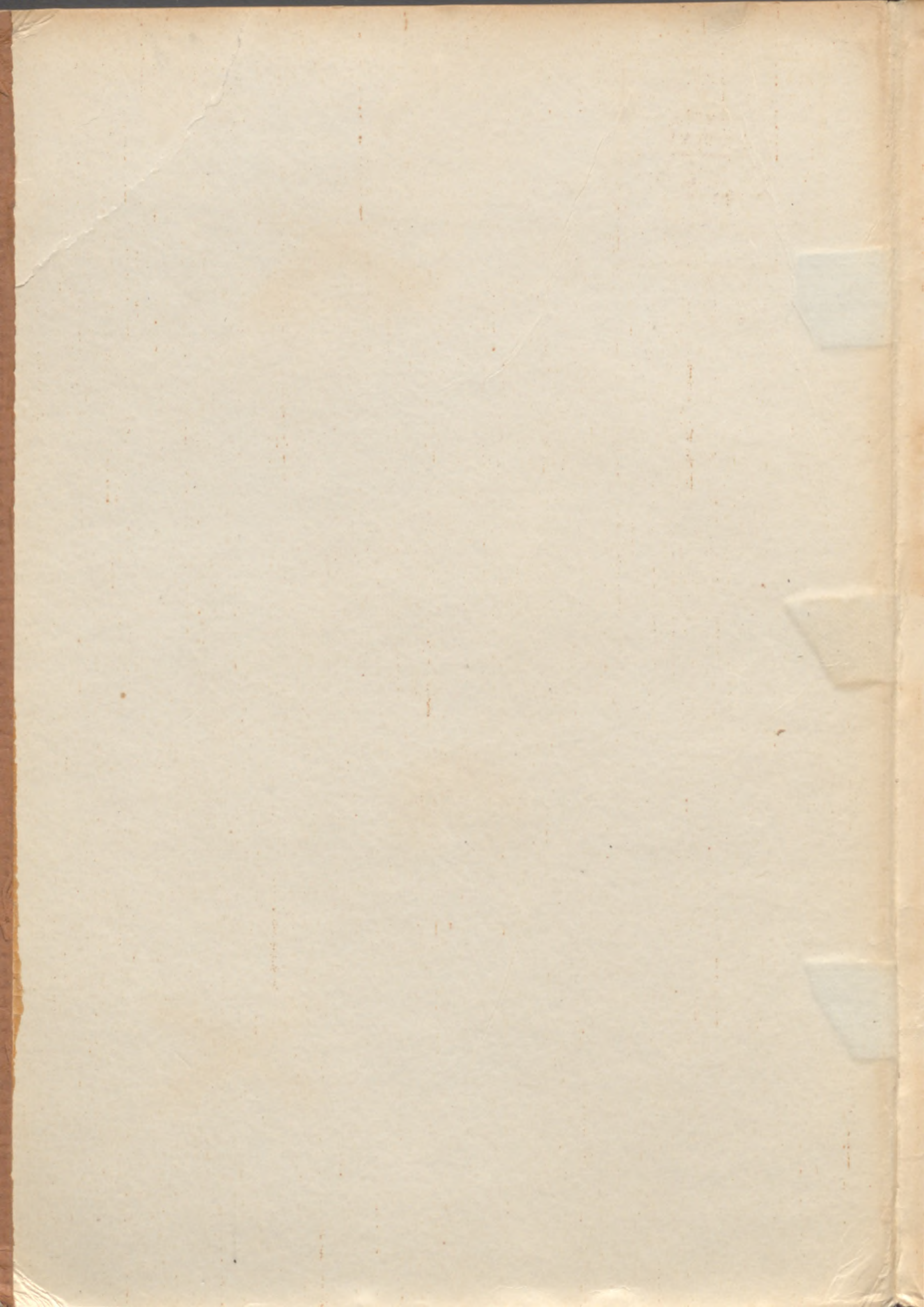
Dr. F. Meili
Professor an der Universität Zürich

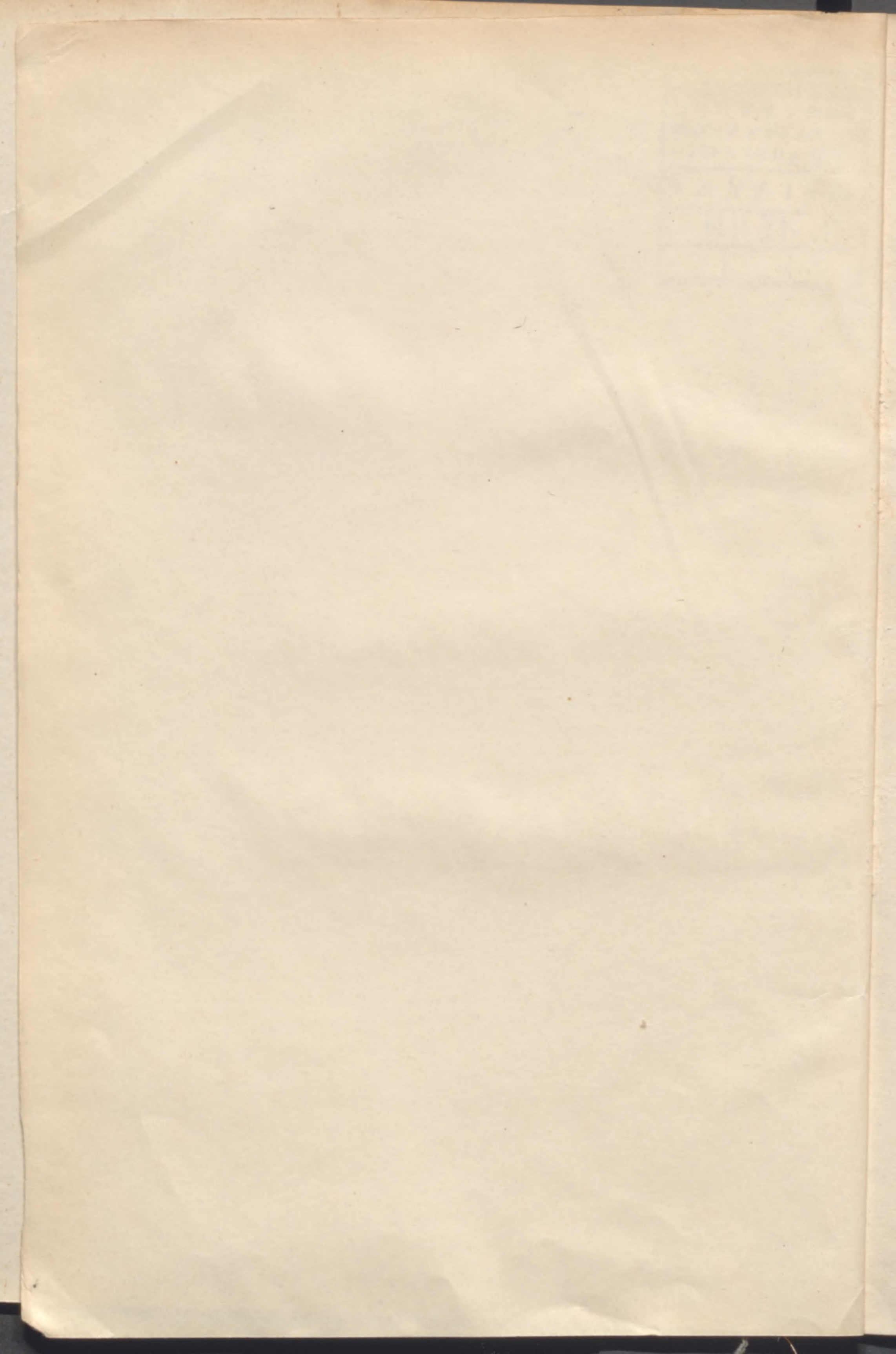
und

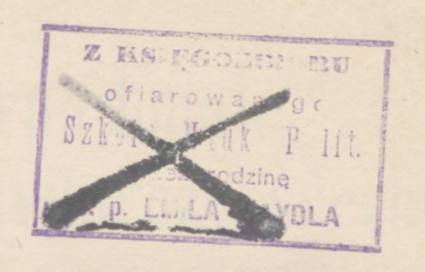
Dr. A. Mamelok
Sekretär am Obergericht Zürich



ZÜRICH
Verlag: Art. Institut Orell Füssli
1911







Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen



Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen

Eine systematische Darstellung

von

Dr. F. Meili
Professor an der Universität Zürich

und

Dr. A. Mamelok
Sekretär am Obergericht Zürich



ZÜRICH
Verlag: Art. Institut Orell Füssli
1911

Vorwort.

Die staatsvertragliche Regelung des internationalen Privatrechts beansprucht eine immer grössere Bedeutung für die Entwicklung dieser Materie. Namentlich ist hier auf die an den Haager Staatenkonferenzen von 1893, 1894, 1900 und 1904 präparierten und nachher angenommenen Konventionen hinzuweisen. Diese fanden überall eine freundliche Aufnahme, nur nicht in der Schweiz, soweit es sich wenigstens um die Vormundschafts- und Prozesskonvention handelt. Der Grund dieser Erscheinung liegt in den unbestreitbaren Schwierigkeiten in der Anwendung jener Konventionen. Dies erklärt sich wieder aus verschiedenen Umständen: einmal aus der mangelhaften Vertrautheit der zur Anwendung berufenen Kreise mit den Grundlehren des internationalen Privatrechts, die von den Konventionen überall vorausgesetzt werden, sodann aus dem Mangel genauer und präziser Ausführungs- und Einführungsverordnungen und endlich aus der Schwierigkeit der Auffassung und Auslegung der Konventionen selbst.

Die angeführten Gründe zeichneten den Verfassern bei ihrem Bestreben, die Konventionen dem allgemeinen Verständnis näherzubringen, den Weg vor. Sie haben sich hierbei auf die von der Schweiz angenommenen vier Konventionen beschränkt. Allerdings behandeln nur die drei Konventionen über Eheschliessung, Ehescheidung und Vormundschaft einen homogenen Stoff, nämlich das internationale Familienrecht. Aus praktischen Gründen wurde jedoch auch die Zivilprozesskonvention einbezogen.

Zunächst wird eine ganz kursorische Übersicht über die Grundlehren des internationalen Privatrechts und speziell über diejenigen Begriffe und Normen gegeben, auf denen die Konventionen als dogmatischer Voraussetzung beruhen. Natürlich wird hier keine systematische Darstellung des internationalen Privatrechts und ebensowenig eine erschöpfende Darstellung auch nur der betreffenden Spezialfragen gegeben.

Sodann folgt die Erörterung der allen Konventionen gemeinsamen Grundsätze. Endlich wird eine genaue Analyse jeder einzelnen

Konvention gegeben. Es wird hierbei nicht die sonst vielfach übliche Legalordnung befolgt, vielmehr wird, innerhalb der Grenzen der Möglichkeit, eine systematische Behandlung angestrebt, welche allein die wesentlichen und gemeinsamen Grundzüge und die erzielten Fortschritte mit genügender Klarheit hervortreten lässt.

Bei allen Erörterungen wird auf die Quellen zurückgegangen und durch genaue und spezialisierte Quellenangaben dem Leser, der ein tieferes Studium anstrebt, ermöglicht, den gleichen Weg zu betreten. Auf diese Weise hoffen die Verfasser, dass die Schwierigkeiten, welche hier zweifellos bestehen, nach und nach beseitigt werden, und dass speziell auch in der Schweiz die Erkenntnis allgemein durchdringe, dass das grosse internationale Leben der Neuzeit nur durch Staatsverträge geordnet werden kann.

Zürich, im Monat Juni 1911.

Die Verfasser.

Abkürzungen.

A. E. = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung 1874 ff.

B.-B. = Schweizerisches Bundesblatt.

B. G.-B. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

B.-V. = Schweizerische Bundesverfassung.

D. J.-Z. = Deutsche Juristenzeitung.

E.-G. = Einführungsgesetz zum B. G.-B.

H. E. = Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Zürich 1891 ff.; von 1902 an lautet der Titel: Blätter für zürch. Rechtsprechung.

Journal = Journal du droit international privé et de jurisprudence comparée, fondé et publié par Clunet, Paris 1874 ff.

N. u. A. = Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter von 1891.

Revue = Revue de droit international et de législation comparée, Brüssel 1869 ff.

Revue de dr. i. pr. et de dr. p. i. = Revue de droit international privé et de droit pénal international, fondée par A. Darras, continuée par A. de Lapradelle, Paris 1905 ff.

Sch. u. K. = Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs von 1889.

Schweiz. J.-Z. = Schweiz. Juristenzeitung.

Z. E.-G. = Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe von 1874.

Z.-G.-B. = Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Z. R. = Blätter für Zürch. Rechtsprechung, Zürich 1902 ff.

Zeitschrift Böhm-Niemeyer = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, begründet von Böhm 1890, von Band XI an herausgegeben von Niemeyer. Von Band XII an lautet der Titel: Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, von Band XX an: Zeitschrift für internationales Recht.

Inhaltsverzeichnis.

Zweiter Abschnitt.

Die Konvention betreffend das Zivilprozessrecht.

Seite

III.

Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten.

IV.

Das Armenrecht.

V.

Die Personalhaft.

Schlussbemerkung.

Dritter Abschnitt.

Der Text der Konventionen
(französischer Originaltext und deutsche Übersetzung).

Alphabethisches Sachregister.

Übersicht der Literatur.

NB. Es ist natürlich die allgemeine Literatur über das internationale Privatrecht zu konsultieren. Hier wird nur die Spezialliteratur angeführt.

I.
Rechtsvergleichendes Material.

Die Konventionen begründen in weitgehendem Masse die Verpflichtung zur Anwendung ausländischen Rechtes. Es ist daher wichtig, einige Werke anzuführen, die sich mit der Rechtsvergleichung auf diesem Spezialgebiete befassen.

Leske u. Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr IV (1904): Das Eherecht der europäischen Staaten.

Sauer, Das deutsche Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht mit Berücksichtigung der Haager internationalen Privatrechtsabkommen (München 1909).

Laurent-Bailly, Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger et des étrangers en France. Causes-procédure-effets (Paris 1910).

Lehr, Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés (Paris 1899).

Roguin, Traité de droit civil comparé: Le mariage (Paris 1904).

II.
Die Konventionen im allgemeinen.

A. Abhandlungen.

Contuzzi, Le conferenze di diritto internazionale privato all'Aja (Napoli 1904).

Dove, Die vertragsmässige Fortbildung des internationalen Privatrechts durch die Haager Konventionen (Berlin 1909).

Kahn, Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge (Leipzig 1904).

Meili, Der erste europäische Staatenkongress über internationales Privatrecht, in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1894, Nr. 21, S. 169, auch separat erschienen (Wien 1894).

Meili, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag (Zürich 1900).

Meili, Der Gegenstand und die Tragweite der vier europäischen Staatskonferenzen über internationales Privatrecht (Berlin 1905).

Diese in St. Louis gehaltene Rede ist in englischer Sprache abgedruckt im Official Report of the Universal Congress of Lawyers and Jurists (St. Louis 1905), S. 135—171.

Meili, Das internationale Privatrecht und seine organische Fortentwicklung durch die

Haager Kongresse, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie von Kohler und Berolzheimer, III, S. 81.

Renault, Les conventions de la Haye (1896 et 1902) sur le droit international privé (Paris 1903).

v. Roszkowski, Über die Beschlüsse der Haager Konferenzen vom 12. Juni 1902 in Z. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht III, S. 123.

B. Kommentare nach der Legalordnung.

G. A. E. Bogeng, Die Haager Abkommen über internationales Privat- und Zivilprozessrecht. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister (Berlin 1908).

H. Dungs, Sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht (Berlin 1910).

III.

Die einzelnen Konventionen.

A. Die Zivilrechtskonventionen.

1. Deutsch-österreichische Literatur.

Bettelheim, Das internationale Eherecht nach den Haager Konventionen, vom Gesichtspunkt der Rückwirkung auf das österreichische Recht betrachtet. Zeitschrift Böhm-Niemeyer XVII (1907), S. 597—645.

Czyhlarz, Die Haager Ehekonventionen und das österreichische Recht (1907).

Hahn, Die Haager Konventionen über das internationale Recht der Eheschliessung, der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett, bei Leske u. Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr IV (1904), S. 973—996, und Nachtrag S. 997 und 998.

Kahn, Die dritte Haager Staatenkonferenz für internationales Privatrecht. Kritische Studien. Zeitschrift Böhm-Niemeyer XII (1903) S. 1 ff., 201 ff., 385 ff. Das Eheschliessungsabkommen ist behandelt S. 201—261 (materielles Recht) und S. 385—430 (Form).

Kahn, Die Haager Scheidungskonvention, Zeitschrift Böhm-Niemeyer XV (1905), S. 125—264.

Kaufmann, Die neuen Haager Abkommen über internationales Privatrecht, D. J.-Z. XIII (1908), S. 1077 ff. (behandelt die Konventionen betreffend Wirkungen der Ehe und Entmündigung).

Levis, Das internationale Entmündigungsrecht des Deutschen Reichs (Leipzig 1906).

Niemeyer, Die Haager Familienrechtskonventionen, D. J.-Z. IX (1904), S. 513 ff.

Schwarz, Ungarns Anschluss an die Haager Familienrechtskonventionen, Zeitschrift Böhm-Niemeyer XVIII (1908), S. 84 ff., S. 364 ff.

2. Französisch-italienische Literatur.

L. Olivi, Quelques réflexions sur les dernières conventions de la Haye concernant le mariage et la tutelle in Revue, Deux. S. VI, S. 40.

Buzzati, Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell' Aja. Vol. I: Il matrimonio secondo la Convenzione dell' Aja del 21 giugno 1902 (Milano 1907).

Droz, De l'influence de la Convention de la Haye du 12 juin 1902 sur les questions de divorce en France entre époux de nationalité différente, Journal XXXIV (1907), S. 19 ff.

Orescu, Le mariage quant aux conditions intrinsèques et aux formalités extérieures en droit international privé. Conflit des lois et législation comparée (Paris 1908).

Picoré, Du droit de contracter mariage d'après la Convention de la Haye du 12 juin 1902, Journal XXXIV (1907), S. 1010.

Travers, La convention de la Haye relative au divorce et à la séparation de corps. Les effets, principalement en France, en Belgique et dans le Luxembourg (Paris 1909).

Travers, La théorie de la fraude à la loi nationale en matière de mariage in Revue de dr. i. pr. et de dr. p. i. VI (1910), S. 24 ff., S. 362 ff.

3. Schweizerische Literatur.

Hauser, Die Haager Übereinkunft vom 12. Juni 1902 betreffend Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett in ihren Einwirkungen auf das schweizerische Recht (Basel 1909).

Hess, Die internationale Übereinkunft zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett vom 12. Juni 1902 (Wald 1909).

J. H., Die Beeinflussung des eidgenössischen Vormundschaftsrechts durch die dritte Haager Konvention in Schweiz. J.-Z. II 1906, Nr. 19 und 20.

Huber, Die Scheidung der Ehe von Schweizerbürgern im Ausland, Schweiz. J.-Z. I (1905), S. 244 ff.

Huber, Zur internationalen Ehescheidungsübereinkunft, Schweiz. J.-Z. III (1907), S. 286 ff.

Lewin, Trennung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland (Leipziger Dissertation 1910).

E. Ott, Die Modifikationen des schweizerischen Ehescheidungsrechtes auf Grund des Haager Abkommens usw., Schweiz. J.-Z. II (1905), S. 97 ff., S. 111 ff.

Zeerleder, Haager Zivilrechtskonventionen, in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen 1907 Nr. 7, 8 und 9, 1908, Nr. 1.

B. Die Zivilprozesskonvention.

1. Deutsche Literatur.

G. Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1910, S. 35—38.

R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1906, S. 283—295.

2. Französisch-italienische Literatur.

Cluzel, Commentaire de la nouvelle Convention de la Haye de 1905 sur la procédure civile, Journal XXXVII, S. 1053 ff., XXXVIII, S. 72 ff.

Contuzzi, Commentaire théorique et pratique des Conventions de la Haye concernant la codification du droit international privé. Vol. I Paris 1904 (enthält ausser allgemeinen Ausführungen speziell die Behandlung der Prozesskonvention).

Huismann, La convention internationale de la Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile in Revue, Deux. S. XI (1909), S. 320.

3. Schweizerische Literatur.

R. Lang, Die Sicherheitsleistung für Prozesskosten, Schweiz. J.-Z. I (1905), S. 145 ff.

E. Ott, Die Haager Übereinkunft betr. Zivilprozessrecht, Schweiz. J.-Z. V (1909), S. 356 ff.

A. Reichel, Die Revision der internationalen Übereinkunft über den Zivilprozess, in Z. des bern. Juristenvereins XLIV und Monatsblatt für bern. Rechtsprechung XXV (1908), Heft 3 und 4.

IV.

Zeitschriften.

La Codification du droit international privé. Bulletin des conférences de la Haye publié sous les auspices du gouvernement des Pays-Bas (von 1907 an bis jetzt 3 Hefte).

V.

Text der Konventionen.

Der Text der Haager Konventionen ist abgedruckt:

1. *Französisch* in der Druckschrift: La Codification du droit international privé, Bulletin des Conférences de la Haye, publié sous les auspices du Gouvernement des Pays-Bas. 1. Lieferung 1907, 2. Lieferung 1908.

L. Renault, Les Conventions de la Haye (1896 à 1902) sur le droit international privé (Paris 1903), S. 71 ff.

2. *Englisch und Französisch* in der Übersetzung des Buches: Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht von Arthur K. Kuhn (S. 527 ff.).

3. *Deutsch* in der zitierten Schrift von:

G. A. E. Bogeng, Die Haager Abkommen über internationales Privat- und Zivilprozessrecht. Textausgabe.

H. Dungs, Sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht.

Diese beiden Publikationen enthalten die Prozesskonvention in der neuen Fassung.

Deutsch ist die neue Prozesskonvention auch abgedruckt in den Monatsblättern für Betreibungs- und Konkursrecht, unter Berücksichtigung der einschlägigen Fragen des Privatrechts von E. Keller und P. Wolfensberger II, S. 235—240.

4. Die neue Prozesskonvention ist *französisch* und *italienisch* abgedruckt in Rivista di diritto internazionale IV S. 89.

5. *Griechisch* sind die Konventionen abgedruckt in dem Werke von Streit *Σύστημα ἰδιωτικοῦ διεθνοῦς δικαίου*, I (1906), S. 403.

Einleitung.

Grundlehren des internationalen Privatrechts und die Bestrebungen zur Schaffung einheitlicher überstaatlicher Normen.

§ 1. Der Begriff des internationalen Privatrechts.

Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. Ein Handbuch. I. Band, Seite 3 ff., 175, 181.

Meili, Die Hauptfragen des internationalen Privatrechts. Vorträge, gehalten in der Kölner Vereinigung für rechts- und staatswissenschaftliche Fortbildung (Breslau 1910), S. 11.

I. *Wenn man vom internationalen Privatrecht spricht, so meint man damit die Normen und Regeln, welche damit zusammenhängen, dass das eine und gleiche Privatrechtsverhältnis bezüglich seiner Entstehung, Gültigkeit, Wirksamkeit und Beendigung in den räumlichen Herrschaftsbereich mehrerer voneinander unabhängiger Rechtsgebiete hineingezogen werden kann oder muss.*

1. Unter den Begriff des internationalen Privatrechts fallen solche Rechtsgeschäfte, welche zwischen Angehörigen verschiedener Staaten in verschiedenen Gebieten abgeschlossen werden, ferner Akte, welche im Ausland erfolgen, endlich die Beziehungen privater Ordnung, welche mit dem Besitz von Immobilien im Ausland verknüpft sind.

2. Die wissenschaftliche Aufgabe, welche die Lösung der aus den erwähnten Beziehungen der Privaten sich ergebenden Konflikte herbeizuführen hat, ist schon vor Jahrhunderten in Angriff genommen worden. Aber es ist wahr, dass die Bedeutung des internationalen Privatrechtes namentlich in den letzten Dezennien erst recht vor Augen getreten und ausserordentlich gross geworden ist. Dies hängt damit zusammen, dass wir eben in der Zeitperiode des grossen Weltverkehrs leben.

3. Die Schwierigkeiten, welche hier auftreten, fliessen namentlich aus der materiellen Verschiedenheit der Gesetzbücher der einzelnen Staaten. Man spricht dabei von einem Zusammenstoss der Gesetze. Die Gesetzesnormen sind weiter sehr mangelhaft.

II. *Neben dem internationalen Privatrecht kann man auch von einem zwischenstaatlichen oder interkantonalen Privatrecht sprechen.*

1. Es gibt einzelne Staaten, in welchen die Unifikation des

Privatrechtes noch nicht durchgeführt ist. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, dass eine Kollision zwischen den Normen der einzelnen Gebietsteile entsteht. Bis in die neueste Zeit bildete die Schweiz das Hauptparadigma des interstaatlichen oder interkantonalen Privatrechts. Das neue (mit 1. Januar 1912 in Kraft tretende) Zivilgesetzbuch bringt die längst ersehnte Änderung. Immerhin ist zu beachten, dass die einzelnen Kantone in gewissen Gebieten auch jetzt noch Normen erlassen können. (Vgl. Art. 376_2 und 378, 472 und Schlusstitel Art. 61).

2. Die hier kurz erwähnte Frage wird auch zum Teil innerhalb des Gebietes praktisch werden, in welchen die Haager Konventionen gelten, sofern Österreich mit Ungarn ihnen beitritt. (Vgl. § 18)

III. *Der Zusammenstoss der Gesetze wird auch in andern Materien erheblich, namentlich in denjenigen des internationalen Zivilprozessrechts, Konkursrechts, Straf- und Strafprozessrechts.*

Es genügt, an dieser Stelle auf diese Tatsachen hinzuweisen. Immerhin sei noch bemerkt, dass viele Juristen auch diese Materien unter den Oberbegriff des internationalen Privatrechts stellen.

IV. *Die modernsten Kodifikationen haben leider dem Gebiete des internationalen Privatrechts kein besonderes Interesse entgegengebracht.*

1. In Deutschland wurde die Materie im Einführungsgesetze z. B.-G.-B. behandelt (§ 1—31). Diese örtliche Verlegung ist und bleibt sonderbar; denn bei dem internationalen Privatrechte ist doch nichts „einzuführen".

2. Auch in der schweizerischen Bundesversammlung fehlte es an jeder Begeisterung, dieses Gebiet den modernen Bedürfnissen entsprechend zu ordnen, was sehr zu bedauern ist. Kein anderer Staat war so sehr zu der Lösung dieser Aufgabe berufen, wie die Schweiz, — es wurde davon aber kein Gebrauch gemacht. Man liess es bei dem bisherigen B.-G. N. u. A. von 1891 bewendet sein, obschon sein Hauptzweck, die interkantonalen Konflikte zu lösen, durch das neue Z.-G.-B. erfüllt ist. Man statuierte in Art. 61 Schl.-T. eine Bestimmung, welche dieses Spezialgesetz neu bestätigt:

a) für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Ausland,

b) für solche der Ausländer in der Schweiz,

c) für solche Rechtsverhältnisse, die damit zusammenhängen, dass kantonal verschiedenes Recht zur Anwendung kommt.

Angesichts der Rechtseinheit hat der erste Teil B.-G. N. u. A. seine Hauptbedeutung verloren, obschon man nicht sagen kann, dass er dahingefallen sei, weil es eben auch in Zukunft noch einzelne interkantonale Konflikte geben kann.

Art. 32 statuiert die entsprechende Anwendung des B.-G. N. u. A. (d. h. des ersten Teils). Der Schwerpunkt des B.-G. liegt also nunmehr im zweiten und dritten Teile, aber der letztere ruht auf dem ersten Teile, der virtuell abgestorben ist. Damit ist nunmehr eine neue und eigenartige Analogie geschaffen; es wird kurz bestimmt, der erste Teil sei entsprechend anzuwenden, obschon er der Hauptsache nach nicht mehr existiert!

3. Art. 472 Z.-G.-B. hat zunächst eine interkantonale Bedeutung:

a) nach seinem Text,

b) nach Art. 61 Schl.-T. und nach Art. 22 B.-G. N. u. A.

Leider kommt dem Art. 472 gegenüber den bestehenden Staatsverträgen (mit Frankreich und Italien) auch eine internationale Bedeutung zu, so dass das Gesetzbuch gerade da, wo es den Einheitsgedanken scharf vertreten sollte (im Ausland!), eine Schwäche zeigt, was sehr zu bedauern ist.

4. Sodann werden (Schl.-T. Art. 61) im Anschluss an Art. 7 B.-G. N. u. A. („Persönliche Handlungsfähigkeit") Bestimmungen in bunter Reihe angehängt, welche mit diesem Obertitel gar nichts zu tun haben. Auf diese Weise ist Art. 7 vermöge der Zusätze eine Gesetzeslawine geworden (7 a—i). Alles dies ist höchst unelegant, und die Anordnung selbst enthält eine Verletzung der Rechtsästhetik. Auch die Art des Zitierens, die dabei nunmehr nötig ist, wird sehr umständlich.

5. Mitten im Zivilgesetzbuch finden sich internationale Bestimmungen:

a) die Domizilbestimmungen des Z.-G.-B. (Art. 23 ff). Diese sind *auch* Kollisionsnormen. Damit werden Art. 3 und 4 B.-G. N. u. A. (trotz der allgemeinen Bestimmung des Art. 61

Schl.-T.!) stillschweigend beseitigt. Vgl. Egger, Kommentar zum Z.-G.-B. I S. 79/80;

b) Art. 35_2;

c) Art. 313.

6. Neben der intrakantonalen Norm des Art. 376_2 gibt es auch eine interkantonale Norm in Art. 378.

7. Das internationale Obligationenrecht ist auch in dem revidierten und 1911 angenommenen Kodex gar nicht geordnet; es bleibt bei dem bisherigen Vacuum (Meili, Handbuch I, S. 31).

8. Das internationale Wechselrecht ist berührt in den vom revidierten Kodex des Obligationenrechts herübergenommenen Art. 822—824 des bisherigen O.-R.

Anmerkungen.

1. Das internationale Privatrecht hat eine Jahrhunderte alte Geschichte hinter sich, die wert ist, studiert zu werden. Ein periodisch eingeteilter Abriss der historischen Entwicklung findet sich bei Meili a. a. O. I, S. 65 ff. Allerdings hat ein berühmter Diplomat an der zweiten Friedenskonferenz den merkwürdigen Ausspruch getan, dass vor 50 Jahren das internationale Privatrecht fast unbekannt gewesen sei. Vgl. Deuxième conférence internationale de la paix II 1907, S. 53: „Si le droit international privé qui, il y a 50 ans a été presque inconnu .....“. Diese Stelle ist überraschenderweise auch in der Broschüre von Ph. Zorn: Das Deutsche Reich und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1911, S. 46, Anmerkung 48, ohne Widerspruch zitiert.

2. Das antike Recht bringt uns in dieser Materie keine wesentliche Förderung. Was das griechische Altertum anbetrifft, so ist auch hier hinzuweisen auf die hervorragenden Arbeiten von H. F. Hitzig, Altgriechische Staatsverträge über Rechtshülfe (1907) und über den griechischen Fremdenprozess Z. der Savigny-Stiftung rom. Abt. XXVIII, S. 211—253. Ein zusammenfassendes Werk erschien neuestens von Coleman Phillipson: The international law and custom of ancient Greece and Rome I und II (London 1911). Für das internationale Privatrecht kommt daraus z. B. in Betracht: S. 63; 266; 285; 300 und 301.

Die weltrechtliche Bedeutung des römischen Jus gentium ist nicht zu leugnen. Reibungen zwischen verschiedenen Gesetzen waren im Altertum zweifellos auch vorgekommen. So waren z. B. im römischen Weltstaate auch internationale Ehen möglich und statthaft, aber wir besitzen über die damit zusammenhängenden Konfliktsfragen keine theoretischen Erörterungen. Vgl. Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians (1908) I, S. 71.

3. Das internationale Privatrecht bedarf noch sehr der intensiven Pflege, und es gibt kaum ein Gebiet der Jurisprudenz, das mehr als dieses des doktrinellen Anbaues und Ausbaues bedürftig wäre. In den meisten Staaten regt sich das Interesse

für diesen Rechtszweig an den Universitäten, aber freilich nicht in allen. Auch in Russland trifft dies zu. Vgl. z. B. Nolte, Studien über das internationale Privatrecht (in russischer Sprache) 1908, ferner de Kazansky, Principes généraux de droit international privé (traduit du Russe sur la 3. édition par E. Delhumaux, Paris 1910).

4. Es ist zweifellos sehr wichtig, den Begriff des internationalen Privatrechts theoretisch klar zu stellen. Dafür spricht die wissenschaftliche Pflicht, die Materie von den anderen Gebieten abzugrenzen und ebensosehr das praktische Interesse. Es gibt Irrtümer, die gerade daraus fliessen, dass die Fragen des internationalen Privatrechts von denjenigen des internen Privatrechts nicht sorgfältig genug getrennt werden. Wir operieren viel mit dem Begriff des internationalen Privatrechts, und auch Staatsverträge verwenden den Ausdruck. So sieht der Schiedsgerichtsvertrag zwischen Belgien und Rumänien von 1905 ein obligatorisches Schiedsgericht vor für die Regelung von Streitigkeiten über die Interpretation und Anwendung von Staatsverträgen, wenn sie sich u. a. beziehen „aux matières de droit privé international" und „aux matières de procédure soit civile soit pénale". Vgl. Zeitschrift von Böhm - Niemeyer, XVIII, S. 60, Note 2.

§ 2. Die im internationalen Privatrecht übliche Nomenklatur.

Niedner, Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896. 2. Auflage. 1901.
Niemeyer, Das internationale Privatrecht des B. G.-B. Berlin, 1901.
Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht, Jherings Jahrbücher XXXIX S. 1—112.
Meili, Handbuch I, S. 40 ff.

I. *Es ist zunächst auf den Unterschied zwischen Sachnormen und Kollisionsnormen hinzuweisen.*

Das Privatrecht besteht zum weitaus überwiegenden Teile aus Normen, welche die Lebensverhältnisse selbst und unmittelbar *sachlich* ordnen. Man hat sie daher *Sachnormen* genannt. Ihnen stehen die Normen gegenüber, welche nicht direkt die sachliche Regelung eines Lebensverhältnisses, sondern nur die zeitliche und die räumliche Intensität des gesetzgeberischen Willens betreffen. Man hat diese beiden Klassen von Normen unter dem Oberbegriff eines „Rechtes der Rechtsordnungen" zusammengefasst (Affolter); man spricht aber auch vom intertemporalen im Gegensatz zum internationalen Privatrecht. An dieser Stelle kommen nur die Normen über die räumliche Intensität der Rechtssatzungen in Betracht. Insofern dieselben feststellen, welches von mehreren in Betracht kommenden Rechten auf ein konkretes Rechtsverhältnis anzuwenden sei, also eine Kollision dieser verschiedenen, auf das Rechtsverhältnis gleichsam einstürmenden Rechtssätze verhüten, nennt man sie, im Gegensatz

zu den Sachnormen, *Kollisionsnormen*, oder, da es sich um Kollisionen in örtlicher Beziehung handelt, *Ortsnormen*. Man hat auch von *Bezeichnungsnormen* gesprochen, da sie das anzuwendende örtliche Recht bezeichnen. Indessen ist auf diese neue Nomenklatur kein sehr grosses Gewicht zu legen.

II. *Die Kollisionsnormen selbst lassen sich zunächst nach ihrer Quelle in verschiedene Gruppen einteilen.*

Man unterscheidet:

1. das *partikulare* internationale Privatrecht. Dies sind diejenigen Kollisionsnormen, die jeder Staat an und für sich zu erlassen berechtigt ist. Sie können von Staat zu Staat verschieden sein, sind aber jeweilen für die internen Gerichte und Behörden absolut verbindlich.

2. das *allgemeine* internationale Privatrecht. Hierunter sind diejenigen international-privatrechtlichen Sätze zu verstehen, die in den meisten Staaten inhaltlich gleich lauten, ohne doch auf eine einheitliche Rechtsquelle zurückzugehen. Es ist z. B. hier auf den Satz: locus regit actum zu verweisen, wonach es bezüglich der Form eines Rechtsgeschäftes genügt, wenn die am Ort des Geschäftsabschlusses geltende beobachtet wird.

3. das aus *völkerrechtlichen* Verträgen hervorgehende internationale Privatrecht. Eine gewisse Richtung in der Wissenschaft, die internationalistische (neuerdings vertreten durch Zitelmann), will freilich das internationale Privatrecht grundsätzlich als aus einer überstaatlichen oder völkerrechtlichen Quelle abgeleitet darstellen. Diese Auffassung ist unrichtig. Das internationale Privatrecht ist vielmehr regelmässig und grundsätzlich positives internes Recht. Auch die Internationalisten erkennen dies praktisch an, indem sie den Richter auch an solche interne Vorschriften gebunden erachten, die etwa den angeblichen völkerrechtlichen Prinzipien widersprechen. Auf völkerrechtlichem *Gewohnheitsrecht* beruhen weniger einzelne *spezielle* Normen des internationalen Privatrechts, als vielmehr gewisse allgemeinste Anforderungen und Schranken bei ihrer Festsetzung. In dieser Beziehung ist auf den Satz zu verweisen, dass kein Staat die Anwendung fremden Rechtes allgemein und grundsätzlich verweigern darf (Kahn, Jherings Jahrbücher XL S. 38).

Beschränkt sich so das auf dem gewöhnlichen Völkerrecht beruhende internationale Privatrecht auf ein Minimum, so nimmt das auf völkerrechtlichen Verträgen (Staatsverträgen) beruhende einen um so grösseren Raum ein. Ob es sich hierbei um Staatsverträge zwischen zwei Staaten handelt oder um solche, die eine ganze Gruppe von Staaten betreffen, ist grundsätzlich gleichgültig.

4. Unter den staatsvertraglich festgesetzten Kollisionsnormen sind übrigens wieder zwei Arten zu unterscheiden, die scharf auseinander gehalten werden müssen:

a) Die einen bestimmen in *absolut* verbindlicher Weise die Anwendung dieses oder jenes örtlichen Rechtes, sie *verpflichten* den Vertragsstaat, einen gewissen Rechtssatz innerstaatlich einzuführen. Man kann in diesem Falle von *überstaatlichen Imperativnormen* sprechen.

b) In andern Fällen wird dem internen Gesetzgeber die Freiheit gelassen, neben der im Staatsvertrag aufgestellten Kollisionsnorm eine andere einzuführen; jene hat also nur dispositiven Charakter. Man kann in diesem Falle von *überstaatlichen Permissivnormen* sprechen. Es lässt sich auch von einer überstaatlichen *Blankettnorm* reden, weil dem internen Gesetzgeber die definitive Bestimmung der Kollisionsregel überlassen wird; der Staatsvertrag begnügt sich hier gleichsam mit der Ausstellung einer Blankovollmacht (Kahn, Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechtes durch Staatsverträge, S. 21). Beispiele für solche Normen vgl. § 22, 39.

III. *Die Kollisionsnormen lassen sich ferner nach dem Grade der Intensität gruppieren, mit dem sie die Anwendung der in Betracht kommenden materiellen Rechte regeln.*

In dieser Beziehung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. der Gesetzgeber will nur eine Norm über die räumliche Herrschaft seines eigenen Territorialrechtes erlassen. Es ist z. B. zu verweisen auf eine Bestimmung wie Art. 14, Abs. 1 E.-G. zum B.-G.-B. Dieselbe lautet:

> Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zueinander werden nach den deutschen Gesetzen beurteilt, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben.

Man spricht hier von Anwendungsnorm, Ausdehnungsnorm oder einseitiger Kollisionsnorm.

2. der Gesetzgeber will nicht nur das Anwendungsgebiet seines Territorialrechtes, sondern dieses und des Ausländerrechtes gleichmässig regeln. Hier ist z. B. zu verweisen auf Art. 7, Abs. 1, E.-G. zum B.-G.-B. Derselbe bestimmt:

> Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört.

Man spricht hier von Abgrenzungs- oder Grenznormen oder vollkommenen Kollisionsnormen.

3. der Gesetzgeber will zwar das Anwendungsgebiet von Inlands- und Auslandsrecht regeln, aber nicht ganz allgemein und abstrakt, sondern nur für den Fall, dass eine gewisse Beziehung zum Inland vorliegt. Es ist hier z. B. zu verweisen auf Art. 61 Schl.-T. des neuen schweiz. Z.-G.-B., der unter 7 b bestimmt:

> Ein handlungsunfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann sich auf seine Unfähigkeit nicht berufen, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit des Abschlusses handlungsfähig gewesen wäre.

Hier wird die Ausscheidung zwischen inländischem und ausländischem Recht nicht nach einem abstrakten Gesichtspunkt getroffen, sondern nach einer konkreten Beziehung: Abschluss eines Verkehrsgeschäftes im Inland. Man spricht hier von unvollständig zweiseitigen Kollisionsnormen.

IV. *Auch die kurzen Bezeichnungen Personalstatut und Realstatut, die heute noch üblich sind, sind hier zu erwähnen.*

1. Unter Personalstatut ist zunächst zu verstehen dasjenige objektive Recht, das für die Fragen des Personenrechts und namentlich für die Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit massgebend ist. Bald ist damit das Domizil- bald das nationale Recht gemeint, je nach dem Standpunkt der betreffenden Gesetzgebung.

Sodann wird der Ausdruck im weiteren Sinne als Rechtsparallele verwendet, um den Gedanken auszudrücken, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis, z. B. die Eheschliessung oder die Vormundschaft demjenigen Gesetz unterworfen sei, das für das Personenrecht entscheidet.

2. Unter Realstatut ist zunächst das interne Recht zu verstehen, das wegen der sachenrechtlichen Natur eines Rechtsverhältnisses auf dieses zur Anwendung kommt.

Sodann wird der Ausdruck auch in einem ganz anderen Sinne verwendet, nämlich zur Bezeichnung des Inbegriffs derjenigen Normen die, ohne einen sachrechtlichen Charakter zu haben, wegen ihrer sozialen und öffentlichen Zweckbestimmung auch auf Fremde angewendet werden müssen. Vgl. § 4.

3. Mit den Ausdrücken Personalstatut und Realstatut werden also nicht eigentlich einzelne Kollisionsnormen bezeichnet, sondern vielmehr die *Tendenz* ganzer Gruppen derselben. Kollisionsnormen, die auf das Personalstatut abstellen, knüpfen an Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz, solche, die auf das Realstatut abstellen, an ein Element an, das dem internen Recht das Übergewicht verleiht. Vgl. Ziffer V und unten § 4.

4. Die Ausdrücke Personal- und Realstatut stammen aus den historischen Anfängen des internationalen Privatrechts, der sog. Statutenlehre. Diese ist heute zwar überwunden, aber jene Ausdrücke sind eingebürgert und immer noch üblich, — jede Wissenschaft liebt es, an die Stadien ihres Ursprungs und ihrer Entwicklung anzuknüpfen.

V. *Grundlage und Voraussetzung der Kollisionsnormen bilden die sog. Anknüpfungsbegriffe.*

1. Um auf ein Rechtsverhältnis, das nur etwas Begriffliches und nichts räumlich-körperliches ist, ein bestimmtes örtliches Recht anzuwenden, muss es irgendwo lokalisiert werden. Dies ist auch der Sinn jenes juristischen Bildes, das von dem Sitze eines Rechtsverhältnisses (Savigny) spricht.

2. Diese Lokalisation oder Anknüpfung wird durch ein spezielles Element des Rechtsverhältnisses vermittelt, das je nach der Natur

des letzteren verschieden sein kann. In dem Satz locus regit actum ist z. B. das Anknüpfungselement der Ort des Geschäftsabschlusses, in den Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit ist es die Staatsangehörigkeit; andere Anknüpfungsbegriffe sind z. B. der Wohnsitz, die Lage einer unbeweglichen Sache, der Erfüllungsort einer Obligation usw. Der Anknüpfungsbegriff ist also diejenige Beziehung eines Rechtsverhältnisses, von welcher eine Kollisionsnorm Gebrauch macht, um es an ein bestimmtes Territorialrecht zu knüpfen. Es handelt sich um den Kompetenzgrund für die örtliche Herrschaft einer Sachnorm (Kahn).

3. Hierbei ist nicht zu vergessen, dass auch die Anknüpfungsbegriffe keine allgemein gleichen logischen, sondern Rechtsbegriffe sind, die von Staat zu Staat variieren können. Man denke z. B. an den Begriff der Staatsangehörigkeit, deren Erwerb und Verlust in den einzelnen Staaten verschieden geregelt ist, oder an den Begriff des Wohnsitzes. Vgl. unten § 40, 57. Hieraus folgt, dass sich unter Umständen auch Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe ergeben können.

4. Über den grossen prizipiellen Gegensatz der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder an den Wohnsitz, der das ganze moderne internationale Privatrecht durchzieht, wird in § 3 speziell gesprochen.

Anmerkungen.

1. Cybichowski, Die Bestandteile des internationalen Privatrechts, Zeitschrift Böhm-Niemeyer XX, S. 367 ff. will unterscheiden: *a)* ausdrückliche rein interne Bezeichnungsnormen; *b)* Gebundenes Landesrecht, d. h. diejenigen Bezeichnungsnormen, die ein Staat auf Grund eines Staatsvertrages zu erlassen verpflichtet ist; *c)* Internationales Recht, d. h. Bezeichnungsnormen, die durch einen Staatsvertrag selbst aufgestellt sind und *d)* Freies Recht, d. h. die aus der Natur der Rechtsverhältnisse selbst sich ergebenden Normen der örtlichen Rechtsanwendung. Die Grenze zwischen der Gruppe *b)* und *c)* ist nicht recht deutlich.

2. Das Völkerrecht unterscheidet Spezialverträge, die nur von einer durch den Vertragszweck beschränkten Anzahl von Kontrahenten abgeschlossen werden, und Kollektivverträge, welche die Regelung der einer grossen Staatenfläche angehörenden Interessen im Auge haben. Die höchste Steigerung des hier massgebenden juristischen Gedankens liegt in den universellen Verträgen z. B. dem Weltpostverein (vgl. Holtzendorff, Handbuch des Völkerrechts I, S. 103).

§ 3. Die Hauptgegensätze in der Gesetzgebung und in der Doktrin.

Meili, Handbuch I, S. 143 ff; 159.

I. *Die Hauptunterschiede in den bestehenden Normen des internationalen Privatrechtes und in der doktrinellen Auffassung sind in dem prinzipiellen Ausgangspunkt für die Anknüpfungsbegriffe zu finden.*

In dieser Beziehung ist folgendes zu sagen.

1. Es gibt eine Gruppe von Staaten, welche dem Satze huldigen, dass in der Fremde stets das nationale Recht (lex patriae) zur Anwendung kommen müsse, dass die eigenen Angehörigen sich darauf berufen, und dass die Fremden im internen Staat das Gleiche tun können. Dieser Richtung huldigt Italien, Frankreich, Belgien, die Niederlande, Spanien, Schweden, Portugal, Rumänien und Deutschland, letzterer Staat freilich mit der wichtigen, in Art. 27 E.-G. zum B.-G.-B. enthaltenen Modifikation. (Vgl. § 6)

2. Es gibt eine andere Gruppe von Staaten, in welchen das Recht des Domizils (lex domicilii) entscheidet. Hieher gehört Dänemark, Norwegen, die Schweiz, Nordamerika und Argentinien. Freilich ist zu sagen, dass die Schweiz in einzelnen Materien eine Mittelstellung einnimmt. (Vgl. z. B. § 49)

3. Ein anderes Gebiet sieht lediglich auf das Gesetz des Staates, in welchem sich die Parteien befinden. Dies ist in England der Fall. Man kann hier von der Anwendung des Territorialrechtes (lex territorii) sprechen.

II. *Es ist in hohem Grade wünschenswert, dass die Normen des internationalen Privatrechtes auf dem gesamten Weltgebiete oder wenigstens auf einem Teil desselben einheitlich gestaltet werden.*

1. Man kann im allgemeinen sagen, dass das Domizilrecht grosse Vorzüge habe. Allein die Strömung der Neuzeit ist dem nationalen Rechte sehr ergeben. Dafür besteht beinahe eine Schwärmerei. Sie ging von der neuen italienischen Schule aus.

Nun ist aber nicht zu leugnen, dass sich die Betonung des nationalen Rechtes dann rechtfertigt, wenn es sich um Verhältnisse handelt,

die mit dem persönlichen Bande zusammenhängen, welches die Angehörigen mit dem nationalen (heimatlichen) Staate verknüpft. Dies trifft in vielen Fragen des Personen- und Eherechtes und auch in einzelnen Teilen der Vormundschaft zu. Dies wurde auch in der früheren und jetzigen Gesetzgebung der Schweiz anerkannt.

2. Es ist deswegen nötig, das internationale Privatrecht nicht nach Schlagworten zu behandeln, sondern an die Rechtsinstitute individuell heranzutreten.

3. Im Kampfe der Meinungen hat begreiflicherweise kein Staat ein Prioritätsrecht, keiner kann die Prätention erheben, dass die bei ihm bestehende Gesetzgebung bevorzugt werde.

4. Die bestehenden Divergenzen sind dem Weltverkehr sehr schädlich.

III. *Die im Haag abgeschlossenen Konventionen über internationales Privatrecht stehen grundsätzlich alle auf dem Boden des nationalen Rechtes. Die schweizerischen Delegierten haben sich verschiedene Male bemüht, auch eine Berücksichtigung des Domizilrechtes herbeizuführen.*

1. Die Verhandlungen auf den Haager Konferenzen standen unter dem Einfluss der herrschenden Richtung, welche auf das nationale Recht abstellt. Dies wird bei den einzelnen Konventionen im speziellen ausgeführt werden. Immerhin ist in einigen Punkten auch auf das Domizilrecht Rücksicht genommen. Auch hiefür wird auf die speziellen Ausführungen verwiesen.

2. Die schweizerischen Delegierten haben sich, sowohl auf Grund ihrer wissenschaftlichen Überzeugung, als auch in Ausführung des ihnen von der Bundesregierung übertragenen Mandates alle Mühe gegeben, einer media sententia d. h. einer Kombination von Heimatrecht und Domizilrecht zum Durchbruch zu verhelfen. Es ist hier speziell zu verweisen auf:

a) das Votum von Meili in der Sitzung vom 30. Mai 1900 (Actes 1900, S. 85—87). Hier wird sowohl prinzipiell als auch in konkreter Anwendung auf die einzelnen Materien ausgeführt, in welchen Punkten eine Berücksichtigung des Domizilrechtes möglich und wünschbar wäre.

b) auf die Erklärung von Roguin in der Sitzung vom 17. Mai 1904 (Actes 1904, S. 12). Diese Erklärung, welche bereits

vom schweizerischen Bundesrat in seiner Note vom 2. Juni 1903 der niederländischen Gesandtschaft in Bern abgegeben worden war, lautet:

„Le Gouvernement Fédéral, se référant d'ailleurs aux communications faites par ses Délégués lors de la III[ème] Conférence, spécialement dans la séance du 30 mai 1900, fait observer que conformément aux dispositions de la constitution et de la législation fédérales, il est obligé de maintenir le principe de la loi du domicile. Il est, du reste, prêt à faire certaines concessions dans l'intérêt de l'entente internationale. Mais le Conseil Fédéral doit se réserver d'examiner les décisions que prendra la Conférence afin de juger si l'adhésion de la Suisse serait compatible avec la constitution qui la régit."

Anmerkungen.

1. Die Schweiz ist gerade bei dem hier behandelten Ausgangspunkte sehr lebhaft beteiligt. Bekanntlich sind sehr viele Fremde in der Schweiz wohnhaft, und es wird hierauf später noch zurückgekommen (§ 50). Auf der anderen Seite ist nicht zu vergessen, dass auch sehr viele Schweizer im Auslande wohnen. (Vgl. das Werk: Die Schweiz. Geographische, demographische, politische, volkswirtschaftliche und geschichtliche Studien, 1909, S. 307/8.)

2. Die wissenschaftliche Begründung des von der italienischen Schule vertretenen Nationalitätsprinzips gab zuerst Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti (Turin 1851).

3. Hier sei ein für allemal bemerkt, dass der Ausdruck Heimatrecht (lex originis) am richtigsten in interkantonalen Beziehungen verwendet wird, der Ausdruck nationales Recht (lex patriae) dagegen immer dann, wenn Beziehungen unter selbständigen souveränen Staaten in Frage stehen.

§ 4. Die Nichtanwendung fremden Rechtes mit Rücksicht auf internes zwingendes Recht.

v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Auflage. (1889) I, S. 193 ff.
Meili, Handbuch I, S. 193 ff.
Kahn, Die Lehre vom ordre public, Jherings Jahrbücher XXXIX, S. 1 ff.

I. *Die Anwendung fremden Rechtes findet sowohl nach der Theorie als auch nach den positiven Vorschriften verschiedener Gesetzgebungen ihre Schranke an gewissen absolut zwingenden Normen des internen Rechtes. Der Umfang dieses internen Schongebietes ist jedoch schwankend.*

1. Wenn die Kollisionsnorm feststeht und hiernach ein bestimmtes örtliches Recht anwendbar wäre, so kommt das letztere unter Umständen doch nicht zur Anwendung, sei es, dass das interne Recht positiv angewendet werden will, sei es, dass es negativ die Anwendung des fremden ausschliesst.

2. Oft finden sich diesbezügliche Vorschriften in der positiven Gesetzgebung. Es ist z. B. zu verweisen auf:

a) Art. 12 der dem italienischen Codice civile von 1865 vorausgeschickten Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale; derselbe bestimmt:

> Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle *leggi proibitive* del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.

b) Art. 30 E.-G. zum D. B.-G.-B.; derselbe bestimmt:

> Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die *guten Sitten* oder gegen *den Zweck eines deutschen Gesetzes* verstossen würde.

c) Art. 14 des Zivilgesetzbuchos der Argentinischen Republik von 1871. Derselbe bestimmt:

> Die fremden Gesetze sollen nicht angewendet werden:
> 1. wenn deren Anwendung im Widerspruch steht zum öffentlichen oder Strafrecht der Republik, zur Staatsreligion, zur Kultustoleranz, oder zur Moral und den guten Sitten;
> 2. wenn deren Anwendung unvereinbar wäre mit dem *Geiste der Gesetzgebung* des gegenwärtigen Gesetzbuches;
> 3. wenn sie bloss ein Privileg bilden würden;
> 4. wenn die Bestimmungen dieses Gesetzbuches in Kollision mit den fremden Gesetzen der Gültigkeit der Handlungen günstiger wären.

d) das japanische Gesetz betreffend die Anwendung der Rechtsvorschriften im allgemeinen von 1898. Dasselbe enthält in Art. 30 folgende Bestimmung:

Wenn ein an und für sich massgebendes ausländisches Recht der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerspricht, soll es nicht massgebend sein.

e) den Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zum schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1900. Derselbe enthielt folgende Vorschrift (S. 251):

Die Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts, die um der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitte willen aufgestellt sind, haben vor dem schweizerischen Richter ausnahmslos und ausschliesslich Geltung.

Der bundesrätliche Entwurf vom 3. März 1905 betreffend die Ergänzung des Entwurfs eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen enthielt in Art. 1770 die gleiche Bestimmung, nur dass die Worte „gute Sitte" durch „Sittlichkeit" ersetzt waren (B.-B. 1905, II, S. 284). Das Zivilgesetzbuch in seiner definitiven Fassung vom 10. Dezember 1907 enthält eine derartige Vorschrift nicht mehr.

3. Auch abgesehen von positiven Vorschriften herrscht in der Judikatur und der Theorie Übereinstimmung darüber, dass in gewissen Fällen das an sich anwendbare fremde Recht nicht angewendet werden dürfe. Die Doktrin hat die hierher gehörigen Normen unter den verschiedensten Bezeichnungen wie Prohibitivgesetze, exklusive Rechtsnorm, Vorbehaltsklausel, ordre public, ordre public international usw. zusammengefasst und sich bemüht, eine einigermassen präzise Definition und Formulierung zu finden. Hierbei sind zwei grosse Gruppen von Theorien zu unterscheiden; die eine beruht auf einer *materiellen*, die andere auf einer *formellen* Betrachtungsweise.

4. Die materiellen Theorien gehen vom *Inhalt* der Gesetze aus; dieser ist entscheidend; ihres Inhaltes halber verlangen gewisse interne Rechtssätze immer Anwendung, ihres Inhaltes halber können fremde Rechtssätze so gemissbilligt sein, dass ihre Nichtanwendung in Frage kommt. Diesen Inhalt suchen diese Theorien zu bestimmen und ein generelles Merkmal zu finden, an dem man erkennen kann, welche Rechtssätze unter jene Ausnahme fallen, und das zugleich die Rechtfertigung für ihre Ausnahmestellung enthält (Zitelmann, a. a. O., S. 318).



Von diesem Standpunkt aus hat man dann die Rechtssätze zu gruppieren versucht, die eine ausschliessliche Anwendung erfordern. Es sei hier beispielsweise auf folgende Formulierungen verwiesen.

a) Savigny (System des römischen Rechts, S. 32 ff., 35 ff.) spricht von den Gesetzen „streng positiver, zwingender Natur“, die auf sittlichen oder auf Gründen des öffentlichen Wohles beruhen, mögen diese nun mehr einen politischen, polizeilichen oder rein volkswirtschaftlichen Charakter haben.

b) Die italienische Schule des internationalen Privatrechts, voran deren Begründer Mancini (Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Turin 1851) will die interne Einteilung der Rechtssätze in jus publicum und privatum auf den internationalen Boden ausdehnen. Zum jus publicum (ordre public) in diesem Sinne werden vor allem auch die auf Gründen der Moral, der guten Sitten und der ökonomischen Ordnung eines Landes beruhenden Privatrechtssätze gerechnet.

c) Laurent in seinem Droit civil international will nur derjenigen Klasse von Rechtssätzen die ausschliessliche Anwendung sichern, qui intéressent les droits de la société, sa conservation, son perfectionnement. Il ne suffit pas qu'une loi intéresse à un degré quelconque les bonnes mœurs pour qu'elle constitue un statut réel, il faut que l'intérêt de la moralité soit assez grand pour que l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société soient compromis par la loi étrangère (IV, S. 538, Nr. 295).

d) Brocher (Nouveau traité de droit international privé, Nr. 141) unterscheidet einen ordre public interne und einen ordre public international. Unter ersterem sind diejenigen Rechtssätze zu verstehen, denen ein zwingender Charakter im Hinblick auf die inländische Privatrechtsordnung zukommt, unter letzterem diejenigen, die rücksichtlich des internationalen Privatrechts zwingend erscheinen. Auf dieser Unterscheidung beruhen auch die Ausführungen des Berichtes der dritten Kommission an der zweiten Haager Konferenz. Es heisst dort (Actes 1894, S. 52):

Au point de vue interne, ,,l'ordre public" comprend l'ensemble des dispositions légales auxquelles il n'est pas permis aux citoyens de déroger par des conventions particulières. Dans cet ensemble se classent à part les dispositions que le législateur lui-même ne pourrait modifier sans changer, ébranler ou détruire l'ordre social ou constitutionnel de son pays. Ce sont ces dernières lois qui seules sont d'ordre public au point de vue international. Contre elles, les lois étrangères ne peuvent jamais prévaloir. Celles-ci, au contraire, peuvent primer les autres parce qu'on conçoit parfaitement que l'Etat territorial lui-même pourrait faire entrer ces dispositions, édictées en pays étranger, dans sa propre législation, sans bouleverser les principes sociaux ou constitutionnels qui lui servent d'assise et de fondement.

5. Gegenüber diesen auf den *Inhalt* der Rechtssätze abstellenden Theorien will eine andere Theorie die ausschliessliche Anwendung einzig und allein von einem *formellen* Element abhängig machen. Diese Theorie wird speziell von Kahn a. a. O. vertreten. Nach ihm kommt es nicht auf den Inhalt eines Rechtssatzes an, sondern auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer besonders gearteten *Anknüpfung* zu der für das Entstehen oder Bestehen des Rechtsverhältnisses kritischen Zeit. Die Rechtssätze, welche man unter den sog. Prohibitivgesetzen zu begreifen pflegt, sind nicht gerade und nur solche, welche in ganz besonderem Masse als ,,positiv" oder ,,streng zwingend" gelten können oder die tiefsten ethischen und sozialen Bedürfnisse des Staatslebens verkörpern. Vielmehr können auch andere Rechtssätze hierher gehören, wenn eine diesbezügliche Kollisionsnorm besteht. Alles kommt auf die Anknüpfungen an (vgl. oben S. 11). Dieselben sind allerdings bei den sog. Prohibitivgesetzen keine einheitlichen. Es kann dies der *Gerichtsort* sein z. B. bei der Unklagbarkeit der Differenzgeschäfte oder beim Ausschluss der Vaterschaftsklage oder der Ehescheidung. Wenn ein Staat die Differenzgeschäfte für unklagbar erklärt, die Vaterschaftsklage oder die Ehescheidung verbietet, so sollen damit nicht alle und jede Wirkungen dieser Rechtsverhältnisse, mögen sie ins Leben getreten sein, wo immer, verpönt sein. Z. B. wird ein Alimentationsanspruch, der auf Grund einer Vaterschaftsklage, oder eine Ehescheidung, die von einem auswärtigen Gericht ausgesprochen worden sind, damit

nicht ohne weiteres als für das Inland nicht existent erklärt. Der Sinn jener Normen ist vielmehr nur der, dass sie dann absolut gelten, wenn die *Durchsetzung* der von ihnen perhorreszierten Ansprüche *direkt* vor den inländischen Gerichten versucht wird, m. a. W. wenn die örtliche Anknüpfung der betreffenden Rechtsfragen durch den Gerichtsort vermittelt ist.

Die Anknüpfung kann ferner in dem locus actus, dem *Ort des Geschäftsabschlusses*, bestehen. Man denke hier z. B. an die Form der Ehe. Wenn ein Staat die Zivilehe vorschreibt, so will er hiermit regelmässig nicht alle Ehen treffen, die jemals zur Beurteilung durch seine Behörden gelangen, sondern nur diejenigen, die auf seinem Territorium abgeschlossen werden, bei denen also die Anknüpfung durch den Ort des Geschäftsabschlusses erfolgt. Das Gleiche gilt z. B. für die Polygamie. Der *Abschluss* einer polygamischen Ehe ist verpönt, jedoch steht nichts entgegen, gewisse Rechtswirkungen derselben anzuerkennen, etwa die Legitimität und das Erbrecht eines aus einer solchen Ehe entsprossenen Türkensohnes. Als weiteres Anknüpfungselement kann auch die *Lage einer Sache* in Betracht kommen, z. B. bei Veräusserungsverboten, Ausschluss der Mobiliarhypothek usw.

II. *Bei der Unbestimmtheit der Grenzen für die ausschliessliche Anwendung internen Rechtes ist es gerade die Aufgabe internationaler Vereinbarungen, hier allgemein verbindliche und feste Abgrenzungsregeln aufzustellen.*

1. Man mag sich nun bei der Bestimmung des ausschliesslich geltenden internen Rechts auf den materiellen oder formellen Standpunkt stellen: auf alle Fälle besteht eine grosse Unsicherheit. Auf dem gesamten Gebiete des internationalen Privatrechts (so drückt sich Kahn a. a. O. S. 6 drastisch aus), ist heute der ordre public absoluter Herrscher. Mag er offen und unbestritten als „statut réel“ den Thron einnehmen oder mag er im Bettlergewand eines „Prohibitivgesetzes“, einer „exklusiven Rechtsnorm“, einer „Vorbehaltsklausel“ durch die Strassen schleichen, ein Wort von ihm genügt, die scheinbar festest gegründete Kollisionsnorm zu stürzen, einer noch so allgemein verworfenen zum Siege zu verhelfen. Und Meili (Zeitschrift Böhm-Niemeyer I, S. 167 ff.) hat sich gegen alle allgemeinen Formeln

des ordre public ausgesprochen, weil dieselben „in der Doktrin des internationalen Privatrechts geradezu verheerend wirken".

2. Gerade deshalb ist es eine der wichtigsten Aufgaben von Staatsverträgen über internationales Privatrecht, den Begriff des ordre public fest zu umschreiben, d. h. diejenigen Fälle genau und erschöpfend aufzustellen, in denen trotz prinzipieller Geltung einer gewissen Kollisionsnorm die durch dieselben bezeichnete Sachnorm nicht unbedingt gilt, sondern das *interne* Recht des betreffenden Staates angewandt werden *kann.* Überstaatlich besteht natürlich kein Interesse, einen Staat zur Anwendung seines internen Rechtes zu *verpflichten*, die Normen, welche dem ordre public einen gewissen Spielraum gewähren, sind daher immer sog. Fakultativ- oder Permissivnormen (vgl. oben § 2).

3. Die Teilnehmer an den Haager Konferenzen waren sich der Wichtigkeit der Aufgabe einer genauen Umgrenzung des ordre public wohl bewusst. In dem Bericht der dritten Kommission der zweiten Konferenz heisst es (Actes 1894, S. 52):

> Cette explication sommaire fait apparaître que l'ordre public comprend des choses bien diverses dont une partie seule importe en droit international. Elle marque aussi que la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public externe peut donner lieu, dans chaque matière juridique spéciale, à des incertitudes et à des appréciations arbitraires. De là l'utilité majeure pour la sécurité des intérêts particuliers, d'arriver à une spécialisation et une unification de ce qui est d',,ordre public", au regard des lois étrangères. On peut dire que le principe de la personnalité du droit ne produira d'effets pratiques que dans la mesure où cette précision et cette délimitation pourraient se faire en chaque matière.

Speziell war es auch Renault, der, unterstützt von den deutschen Delegierten, auf eine klare Ausscheidung drang. So ist zu verweisen auf Actes 1893, S. 41:

> M. Renault s'oppose absolument à une formule générale. En mettant le droit public et l'ordre public toujours en cause sans préciser on n'arrivera pas à une solution. Pour faire un progrès il est nécessaire d'écarter les formules générales et d'indiquer restrictivement les cas dans lesquels l'ordre

public d'un pays ne permet pas l'application d'une loi étrangère.

Ferner ist auf den Bericht der ersten Kommission an der dritten Konferenz aufmerksam zu machen (Actes 1900, S. 170). Es heisst dort:

> D'une façon générale, la Commission a écarté les formules visant le droit public ou l'ordre public, à raison du vague de ces expressions et de l'incertitude qui en résulte dans les décisions...... L'esprit de notre travail est de diminuer l'arbitraire dans les rapports internationaux en cette matière. Il convient de déterminer avec le plus de précision possible les cas dans lesquels la loi nationale ne sera pas observée.

Diese Aufgabe, schon im allgemeinen dringlich, war auf dem von den Konventionen geregelten Gebiete des Familienrechts geradezu eine gebieterische Notwendigkeit; denn hier, speziell im Eherecht, liegt ein Rechtsstoff vor, auf dem sich der ,,ordre public" fast schrankenlos tummelt. Diese Aufgabe ist denn auch wirklich gelöst worden.

4. Die Konventionen lassen es nicht mehr jedem einzelnen Staate (bezw. jeder Behörde) frei, wann er eine prinzipiell anerkannte Kollisionsnorm im Interesse des internen Rechts beiseiteschieben will. Sie haben vielmehr die Fälle, in denen diese Fakultät besteht, genau fixiert, und zwar limitativ. Über diese Schranke hinaus darf kein Vertragsstaat seinen ordre public ausdehnen. Es sind also speziell im Verhältnis der Vertragsstaaten und für die durch die Konventionen geregelten Materien alle bezüglichen Vorschriften des internen Rechts, wie Art. 30 E.-G. zum B.-G.-B. (vgl. oben I, 2) aufgehoben.

Die dem internen ordre public im Detail gewährten Eingriffsbefugnisse werden jeweilen bei den einzelnen Konventionen behandelt werden. Vgl. z. B. § 22, 23, 65.

Anmerkungen.

1. Das schweizerische Z.-G.-B. enthält zwar für das internationale Privatrecht keine ordre public-Klausel, wohl aber merkwürdigerweise für das intertemporale. Art. 2 des Schlusstitels bestimmt:

> Die Bestimmungen dieses Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, finden mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat.

Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechtes, die nach der

Auffassung des neuen Rechtes der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr.

Der Mangel einer parallelen Gesetzesbestimmung für das internationale Privatrecht fällt rein theoretisch um so mehr auf, als auch das B.-G. N. u. A. keine generelle Restriktion des fremden Rechts zugunsten des internen enthält. Der ordre public muss also in der Schweiz aus den ungesetzten Rechtssätzen deduziert werden, soweit es sich um das Kollisionsrecht handelt.

2. Der Ausdruck „Vorbehaltsklausel" stammt von Zittelmann; er hat dieselbe in einem Kapitel des allgemeinen Teils seines „Internationalen Privatrechts" I, S. 317 bis 380, behandelt.

3. Niemeyer, Die Haager Familienrechtskonventionen, D. J.-Z. IX (1904), S. 516, erklärt die Ausschaltung des Sicherheitsventils des ordre public für einen durch die Konventionen hindurchgehenden Gesichtspunkt. Die mit der Ausschaltung dieses „Kautschukbegriffes" gewonnene Rechtssicherheit gehört nach dem zutreffenden Ausspruche dieses Juristen zu den methodischen Errungenschaften der Konventionen.

§ 5. Das sogenannte fraudulöse Handeln gegen das interne Recht.

Meili, Handbuch I, S. 188 ff.

v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts (1889) I, S. 223 ff., 350 ff., 470 ff. II, S. 327.

Jvo Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere (Wien 1892).

Ottolenghi, La frode alla legge e la questione dei divorzi fra Italiani naturalizzati all' estero (Turin 1909).

Travers, La théorie de la fraude à la loi nationale en matière de mariage in Revue de dr. i. pr. et de dr. p. i. VI (1910), S. 24 ff., S. 362 ff.

I. *Ein fraudulöses Handeln gegen das interne Recht kann nur dann angenommen werden und die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsaktes bewirken, wenn das interne Gesetz kategorisch die Anwendung seiner Normen verlangt, und wenn es ihre Beseitigung oder Modifikation durch das Mittel der internationalen Ortsveränderung nicht duldet. Wenn aber das interne Gesetz den betreffenden Normen jenen absolut zwingenden Charakter nicht verleiht, so gibt es damit zu erkennen, dass die Unterstellung unter ein auswärtiges Recht gestattet ist.*

1. Unter fraudulösem Handeln gegen das Gesetz (agere in fraudem legis) versteht man in Anlehnung an die Definition des römischen Rechtes (1. 29 Dig. de leg. 1,3), ein Handeln, das zwar nicht unmittelbar einer Verfügung des Gesetzes widerstreitet, wohl aber das vom Gesetz Verpönte auf Umwegen erstrebt, die das Gesetz nicht vorgesehen hat, mit andern Worten ein Handeln, das einen vom Gesetz verpönten *Erfolg* auf einem von ihm nicht vorausgesehenen *Weg*

unter Benützung des formellen Rechtes erreichen will. Es ist z. B. verboten, gewissen Personen letztwillig etwas zuzuwenden, dieses Verbot wird nun umgangen durch Vorschiebung von Drittpersonen als Strohmänner.

2. Innerhalb des allgemeinen Begriffs des agere in fraudem legis ist noch speziell zu unterscheiden derjenige des sog. agere in fraudem legis domesticae. Während im allgemeinen ein Rechtssatz mittelst eines Rechtssatzes desselben Rechtssystems umgangen wird, wird beim agere in fraudem legis domesticae ein fremdes Rechtssystem in Bewegung gesetzt, derart, dass sich der betreffende Rechtsakt nicht innerhalb eines einheitlichen Rechtssystems abspielt. Zwei Nupturienten begeben sich z. B. aus ihrem Wohnsitzstaat, wo die kirchliche Eheschliessung besteht, behufs Trauung in einen Staat, wo die Zivilehe besteht. Dieser Fall ist für das internationale Privatrecht von besonderer Bedeutung. Gerade der internationale Verkehr bietet Anlass, auf die allgemeine Frage einzutreten, inwieweit die Verwertung ausländischer Normen durch Einheimische und umgekehrt einen Rechtsakt bezüglich seiner Gültigkeit affiziert. Besonders wichtig ist es, zu untersuchen, ob dieser Gesichtspunkt erheblich sei:

a) bei der Frage des Domizilwechsels, indem hierdurch eine gründliche Veränderung der privatrechtlichen Stellung herbeigeführt werden kann.

b) bei der Frage des Nationalitätswechsels. Hier gilt das Gleiche wie beim Domizilwechsel.

c) bei der Frage der Formen der Rechtsgeschäfte. Da der Grundsatz locus regit actum gilt, d. h. bezüglich der Form eines Rechtsaktes genügt die Beobachtung derjenigen, die am Ort seiner Vornahme vorgeschrieben ist, so ist gerade hier die Möglichkeit der Ortsveränderung eine ausgedehnte.

d) bei der Ehebegründung.

3. Es ist nun zu sagen, dass der Begriff des in fraudem legis domesticae agere grundsätzlich unhaltbar ist. Er übersieht, dass kein Recht universell gelten will, sondern nur für diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen gewisse Anknüpfungselemente an das Territorium gegeben sind. Vgl. oben § 2. Diese können aber willkürlich hergestellt oder beseitigt werden. Wenn z. B. ein Recht eine Formvorschrift für

die Eheschliessung aufstellt, so gilt diese grundsätzlich nur für die auf dem betreffenden Territorium abgeschlossenen Ehen. Anknüpfungselement ist der Ort des Eheabschlusses. Begeben sich nun Nupturienten nach dem Ausland, wo eine andere Form besteht, so wird durch diese Ortsveränderung nicht dem internen Recht ein Tatbestand entzogen, der an sich unter seine Herrschaft gehört, sondern es wird vielmehr ein Tatbestand begründet, der nach allgemeinen Grundsätzen unter die Herrschaft des *auswärtigen* Rechtes fällt.

4. In der Schweiz ist vom Standpunkt des fraudulösen Handelns besonders Art. 54, Abs. 3 B.-V. (Art. 25, Abs. 3 Z. E.-G.) interessant. Hiernach muss die im Ausland nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe im Gebiete der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden, mag sie auch bezüglich der Form oder sogar bezüglich der materiellen Erfordernisse (der Ehehindernisse) dem schweizerischen Recht nicht entsprechen. Diese Vorschrift ermöglicht es also, dass den internen Eheverboten zum Trotz Ehen anerkannt werden müssen, wenn ihr Abschluss in das Ausland verlegt wird. Es ist also der Begriff einer fraudulösen Umgehung des internen Rechts durchaus abgelehnt. Über die Änderung, welche in dieser Hinsicht das neue Z.-G.-B. bringt, vgl. unten § 30.

Entgegen diesem bei der *Eheschliessung* von der Bundesverfassung sanktionierten liberalen Grundsatz ist z. B. der Bundesrat auf dem Gebiete der *Ehescheidung* anders vorgegangen. Er hat die bundesrätliche Ermächtigung zur Einbürgerung in einem Falle wieder annulliert, weil er zu der Überzeugung gelangt war, dass der Petent nur zu dem Zwecke Schweizerbürger werden wollte, um seine Ehescheidung durchsetzen zu können (B.-B. 1892 II, S. 814).

II. *Soweit positive Vorschriften die Berücksichtigung eines agere in fraudem legis domesticae ausdrücklich vorschreiben, sind sie natürlich zu beachten.*

Es ist hier z. B. zu verweisen auf § 5 des Zürch. P.-R. Derselbe lautet:

> Die äussere Form eines Rechtsgeschäftes oder einer Rechtshandlung wird in der Regel nach dem Rechte des Ortes bestimmt, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder die Rechtshandlung vorgenommen worden ist. Im Interesse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes kann indessen eine im Aus-

land vorgenommene Handlung als gültig anerkannt werden, auch wenn zwar nicht den dortigen Rechtsformen, wohl aber dem hierorts für solche Geschäfte vorgeschriebenen formellen Erfordernissen ein Genüge geschehen ist.

Vorbehalten bleibt die Ungültigkeit derjenigen Handlungen, welche *zur Umgehung* der hier notwendigen Rechtsformen ausserhalb des Kantons, wenn auch in einer auswärts genügenden Form vorgenommen werden oder für welche aus öffentlichen Rücksichten, damit sie im Kanton wirksam werden, bindende Vorschriften erlassen worden sind (z. B. Pfandrechte an Fahrnis, Leibdingsverträge).

Vgl. auch Schlusstitel Art. 61, Ziff. 7 ff. Z.-G.-B., unten § 30.

III. *Die Konventionen haben auch den Begriff des agere in fraudem legis domesticae auf gewissen Gebieten international fest umgrenzt.*

Wie der Begriff des ordre public hat auch der des agere in fraudem legis domesticae etwas Vages und Willkürliches an sich. Die Konventionen, speziell die über Eheschliessung und Ehescheidung, haben sich auch hier bemüht, international gleiche und feste Schranken aufzustellen. Dies ist namentlich geschehen in der Frage:

a) der Form der Eheschliessung,

b) des Nationalitätswechsels behufs Ehescheidung.

Über die Details vgl. unten § 18 und 40.

Anmerkungen.

1. Über die sog. siebenbürgischen Ehen, einen Hauptfall des agere in fraudem legis auf dem Gebiete der Eheschliessung, vgl. unten § 18, Anm. 2 und Pfaff a. a. O, S. 89 ff.

2. Pfaff a. a. O. S. 101, reproduziert einen interessanten Fall dieser Art und vielleicht einen der ersten, der literarische Besprechung erfuhr, aus *Brinkmann*, Wissenschaftlich-praktische Rechtskunde. Eine Sammlung von Erörterungen aus dem Gesamtgebiete der in Deutschland geltenden Rechte. I. Bd., Schleswig, 1831, Aufsatz Nr. 4. Unter der Überschrift: Darf ein einheimisches Gericht zur Umgehung ausländischer Gesetze hülfreiche Hand leisten? wird dort folgender Fall erzählt: „Ein Engländer erschien in einer hanöverischen Stadt und erwarb in einem benachbarten hessischen Flecken ein Landhaus, welches er nicht bezahlte, ja der Eigner des Hauses bewohnte dasselbe nach wie vor. Plötzlich kehrte der Engländer nach seiner Heimat zurück mit einem Ehescheidungsbrief in der Tasche. Nach englischem Rechte können nun Ehegatten aus gewissen Gründen zwar von Tisch und Bett geschieden werden; allein eine richterliche Auflösung des ehelichen Bandes, wenn die Ehe gültig geschlossen

ist, findet nicht statt. Nur durch eine Parlamentsacte wird die eigentliche Ehescheidung möglich. Das deshalb einzuschlagende Verfahren ist jedoch weitläufig und kostspielig. Überdies wird einzig der Ehebruch als parlamentarische Scheidungsursache anerkannt. Der Engländer hatte in Hessen ein Domizil durch Ankauf des Hauses erworben, klagte nun gegen seine Gattin, die in England geblieben war, wegen böslicher Verlassung und brachte nach Insinuation der Klage die Antwort seiner mit ihm einverstandenen Frau, dass sie sich niemals entschliessen werde, sich wieder mit ihm zu vereinigen. Sohin erkannte das hessische Konsistorium auf Ehescheidung.

Überzeugt, dass keine Ehescheidung würde erkannt worden sein, wenn das Konsistorium von den Umständen gehörig unterrichtet gewesen, indem ich es als zweifelsfrei betrachte, dass die Wahl eines Domizils in der alleinigen Absicht, die Gesetze der Heimat zu umgehen, die Obrigkeit des neuen Domizils abhalten müsse, sich zum Spiel mit der Gerechtigkeit herzugeben und den widerrechtlichen Zweck zu fördern, habe ich bloss aufmerksam auf eine Handlung machen wollen, welche noch öfters eintreten könnte". —

3. Niemeyer, D. J.-Z.,1904 (IX), S. 516, meint, es verstehe sich von selbst, dass auch der „Hintertreppengedanke" der fraus legis für den Bereich der Konventionen ausgeschaltet sei; seine Zulassung würde „fraus conventionis" sein.

4. Travers a. a. O., S. 377, sagt: La doctrine combat de plus en plus la théorie de la fraude à la loi nationale, et la convention de la Haye relative au mariage, en faisant obstacle à la mise en œuvre de cette théorie dans un groupe de cas, et en rendant dans un autre, fréquent en pratique, inapplicable, le système général consacré notamment par la Cour de cassation, a fait une brèche dans la dernière jurisprudence.

§ 6. Die Verweisung, Weiterverweisung und Rückverweisung.

Meili, Handbuch I, S. 167 ff.

Labbé, Du conflit entre la loi du juge saisi et une loi étrangère relativement à la loi applicable à la cause Journal XII (1885), S. 5 ff.

Buzzati, Il rinvio nel diritto internazionale privato. (1898)

Kahn, Gesetzeskollisionen, Jherings Jahrbücher XXX (n. F. XVIII) 1891, S. 1 ff., speziell S. 21—53.

Kahn, Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen B.-G.-B. und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht, Jherings Jahrbücher XXXVI (n. F. XXIV), 1896, S. 366—408.

I. *Weder die Verweisung oder Weiterverweisung, noch die Rückverweisung darf vom rein theoretischen Standpunkt aus zur Entscheidung von Kollisionsfällen angenommen werden.*

1. Jede Norm des internationalen Privatrechts „verweist" auf bestimmte Rechtssätze, sei es des internen oder sei es irgendeines auswärtigen Rechtes, in dem Sinne, dass sie dieselben auf gewisse Rechtsverhältnisse als anwendbar bezeichnet. Dies ist jedoch nicht

die Verweisung im *technischen* Sinne. Hierunter ist vielmehr der Fall zu verstehen, dass das vom internen internationalen Privatrecht als anwendbar bezeichnete ausländische Recht nicht nur bezüglich der einschlägigen *Sachnormen*, sondern in seiner *Totalität*, d. h. *auch* bezüglich seiner *Kollisionsnormen* konsultiert und angewendet werden soll. Hierbei können sich dann verschiedene Möglichkeiten ergeben.

a) Es kann entweder die Kollisionsnorm des betreffenden auswärtigen Rechtes, auf das verwiesen wird, seine eigene Sachnorm als anwendbar erklären. Man denke z. B. an die (obsolete) Bestimmung des § 3, Abs. 2 des zürcherischen P.-R. Derselbe lautet:

> Die Familienverhältnisse von Kantonsfremden, welche im Kanton wohnen, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurteilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt.

Wenn es sich nun etwa um Italiener handelt, deren nationales Recht auf dem Standpunkt der lex patriae steht, so kommt italienisches Recht zur Anwendung. Dies ist der Fall der einfachen Verweisung. Es ist also damit eine direkte und definitive sachliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses erzielt.

b) Es kann aber auch geschehen, dass die angezogene ausländische Kollisionsnorm keine direkte und definitive sachliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses gestattet, sondern ihrerseits auf ein anderes Gesetz verweist. Man nehme z. B. den Fall, es handle sich um die Frage der Handlungsfähigkeit eines in Amerika domizilierten Engländers hinsichtlich eines in England abgeschlossenen Kontraktes, die von französischen Gerichten zu beurteilen ist. Nach Art. 3 Code civil ist englisches Recht als das der Staatsangehörigkeit massgebend. Das englische Recht stellt aber auf das Domizil ab, d. h. auf amerikanisches Recht; in Amerika aber ist es wieder anerkannter Grundsatz, dass die Kontraktsfähigkeit sich nach dem am Ort des Geschäftsabschlusses geltenden Recht (lex loci actus) richtet. Man spricht in diesem Fall von der sog. *Weiterverweisung.*

c) Endlich ist es möglich, dass sich aus der angezogenen aus-

ländischen Kollisionsnorm weder eine direkte sachliche Beurteilung des betreffenden Rechtsverhältnisses ergibt, noch dass eine Weiterverweisung auf ein anderes Recht erfolgt, sondern dass sie vielmehr ihrerseits das erste Recht, das auf sie verwiesen hat, als anwendbar erklärt. Nach deutschem Recht (Art. 7, Abs. 1 E.-G. zum B. G.-B.) wird z. B. die Geschäftsfähigkeit eines in Deutschland domizilierten Engländers nach englischem Recht beurteilt, das englische Recht seinerseits stellt aber auf das Domizil, d. h. wieder auf deutsches Recht ab. Man spricht in diesem Fall von der sog. *Rückverweisung*.

2. Theoretisch ist zu sagen, dass grundsätzlich weder Verweisung noch Weiter- oder Rückverweisung anzuerkennen sind. Sie beruhen auf der falschen Annahme, dass der in den internen Kollisionsnormen enthaltene Hinweis auf fremdes Recht dieses in seiner *Totalität* betreffe. Dies ist nicht richtig; es sind immer nur diejenigen *materiellen* Rechtsregeln gemeint, die dem betreffenden, in Frage stehenden Rechtsverhältnis als Korrelat entsprechen. Die interne Kollisionsnorm, die auf ausländisches Recht verweist, zielt also direkt auf dessen bezügliche *Sach*normen, nicht auf seine *Kollisions*normen. Sind diese Sachnormen festgestellt, so ist die Nachforschung für den internen Richter beendigt, etwaige Kollisionsnormen gehen ihn nichts an. Eine andere Lösung ist auch speziell vom logischen Standpunkt aus nicht denkbar. Man nehme das oben zitierte Beispiel der Geschäftsfähigkeit eines in Deutschland domizilierten Engländers. Wendet man das englische Recht in seiner Totalität, einschliesslich seiner Kollisionsnormen an, so kommt deutsches Recht zur Anwendung. Logischerweise aber müsste im Sinne der englischen Normen auch das deutsche Recht wieder in seiner Totalität, d. h. einschliesslich *seiner* Kollisionsnormen angewendet werden. Es wäre also gar kein Ende der Verweisungen abzusehen; und man hat mit Recht von einem „logischen Spiegelkabinett“ gesprochen.

3. Die höchsten Gerichtshöfe haben in dieser Frage geschwankt. Über das deutsche Reichsgericht vgl. z. B. Entscheidungen in Zivilsachen XX S. 351, XXIV, S. 326 und die von Kahn, Jherings Jahrbücher XXX a. a. O. mitgeteilten Erkenntnisse. Was die schweizerischen Gerichte anbetrifft, so ist folgendes zu erwähnen:

a) In dem Urteile vom 6. April 1894 i. S. Fischl gegen Codmann (A.S. XX, S. 653) hat das Bundesgericht die Rückverweisung bezüglich der Handlungsfähigkeit ausländischer Ehefrauen ausgeschlossen. Es führte aus, Art. 10.2 des B.-G. über die persönliche Handlungsfähigkeit erkläre bezüglich der Ausländer das Recht des Staates, dem sie angehören, als massgebend, und dies sei das Heimatrecht. Fragen könnte es sich dabei bloss, ob das Heimatrecht auch dann anzuwenden sei, wenn das Recht des fremden Staats bezüglich der Handlungsfähigkeit nicht das Nationalitäts-, sondern das Territorialprinzip anerkenne. Indessen sei richtigerweise der Wille des Gesetzgebers dahin aufzufassen, dass er diese Frage endgültig habe entscheiden wollen, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht des fremden Staates seine Anwendbarkeit auch auf die im Ausland wohnenden Angehörigen vorschreibe oder nicht. Sehr mit Unrecht opponiert Wolf in dieser Hinsicht in seinem Aufsatz: Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des internationalen und interkantonalen Privatrechts (Z. für schweiz. R., N. F. XV, S. 21—24). Er meint, unter dem Heimatsrechte im Sinne des Gesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit sei nicht nur das materielle Recht des Heimatlandes, sondern seien auch die internationalen Privatrechtsnormen des heimatlichen Gesetzes zu verstehen. Wolf glaubt, wenn der interne Gesetzgeber auf das Heimatsrecht des Ausländers abstelle, so erkläre er damit, dass er das Verhältnis nicht regeln wolle, sondern dass dessen Regelung naturgemäss dem Rechte des Heimatsstaats des Ausländers unterliege. Tue er dies, so wolle er offenbar das Heimatsrecht ganz und ohne Einschränkung gelten lassen, also auch die internationalen Privatrechtsnormen. Würde man nämlich diese ausschliessen, so käme ja, meint Wolf, nicht mehr der Wille des ausländischen Gesetzgebers zur Anwendung, sondern ein Recht, dessen Anwendung der heimatliche Gesetzgeber eben ausschliessen will. Allein diese ganze Ausführung ist unzutreffend.

b) Das Bundesgericht hat dagegen am 27. März 1895 in einem Falle betr. interkantonales eheliches Güterrecht (Art. 19.1 B.-G. N. u. A.) angenommen, mit der Verweisung auf das

Recht des ersten Wohnsitzes sei das Recht in seinem ganzen Umfange, also mit Einschluss der Normen über interkantonale Statutenkollision gemeint (A. E. XXI, S. 121/2).

c) Gegen die Rückverweisung sprach sich die Appellationskammer des Obergerichtes Zürich aus (H. E. XV, S. 191), indem sie folgendes betont: Wenn der Gesetzgeber, sei es in einem Spezialgesetz, sei es in einer Vorschrift desjenigen Gesetzes, welches das materielle Recht selbst enthält, den Richter anweist, in einem gegebenen Falle fremdes Recht anzuwenden, so will er damit selbstverständlich nicht die Grundsätze des letzteren für den betreffenden Fall zu seinem eigenen Rechte machen, sondern lediglich das eigene Recht in seiner Anwendbarkeit beschränken (S. 194).

4. Das Institut de droit international schloss die Diskussion über die Verweisung mit der fast einstimmigen Annahme einer Resolution ab, die sich gegen ihre Zulassung richtet. Dieselbe lautet (Annuaire XVIII, S. 179):

> Quand la loi d'un Etat règle un conflit de lois en matière de droit privé il est désirable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit.

5. Trotz der theoretischen Bedenken ist allerdings aus *praktischen* Gründen die Verweisung in vielen Fällen durchaus zu billigen; solange die lex patriae sich so exklusiv in den Vordergrund drängt, repräsentiert die von der Gesetzgebung vorgenommene Verweisung eine heilsame Schranke. Vgl. Meili, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag, S. 30/31.

II. *Soweit positive Gesetze oder Staatsverträge eine Verweisung oder Rück- oder Weiterverweisung ausdrücklich vorschreiben oder zulassen, müssen sie natürlich beachtet werden.*

1. In einzelnen Gesetzbüchern der schweizerischen Kantone war eine Verweisung vorgeschrieben.

a) Dies geschah in dem privatrechtlichen Gesetzbuche der Kantone Zürich, Schaffhausen und Zug. In dem zürcherischen Privatrechte ist bestimmt (§ 3 und 4), dass das Recht des Heimatsorts für Ausländer, die im Kanton Zürich wohnen,

dann und nur dann Anwendung finde, wenn das Recht des Staates, dem sie angehören, dies vorschreibe, — dies bezog sich auf:

α) die Familienverhältnisse (z. B. eheliche Vormundschaft und Güterrecht der Ehegatten; väterliche und obrigkeitliche Vormundschaft),

β) die Beerbung.

b) Neben dem Gesetzbuche der Kantone Zürich, Schaffhausen und Zug war eine Verweisung auf das auswärtige Recht wenigstens bezüglich des Erbrechts im Kanton Graubünden vorgesehen (§ 1 Nr. 4 lit. b). Das bündnerische Zivilgesetzbuch bestimmt in § 1 Nr. 4, dass das Gesetz Anwendung finde auf die im Kanton gefallenen, von Nichtbündnern herrührenden Erbschaften und Vermächtnissen *nur*, insofern nicht die heimatlichen Gesetze des Erblassers die Anwendung der letzteren verlangen.

Indessen sind diese kantonalen Bestimmungen (vgl. auch § 615 Zürch. Gesetzbuch) durch das B.-G. N. und A. als aufgehoben anzusehen. Und das gegenwärtig in der Schweiz geltende internationale Privatrecht kennt eine Verweisung oder Rückverweisung nicht. Höchstens liesse sich sagen, dass der in Art. 25, 3 Z. E.-G. zitierte Fall darunter gerechnet werden müsse. *Er ist für das Recht der Konventionen von besonderer Bedeutung.* Vgl. § 20.

2. Das deutsche Recht lässt unter gewissen Voraussetzungen die Verweisung zugunsten seiner eigenen Bestimmungen zu.

Grundsätzlich geht das E.-G. zum B. G.-B. allerdings zunächst davon aus, dass die deutschen Kollisionsnormen die Unterstellung eines Rechtsverhältnisses unter eine bestimmte Norm definitiv ordnen. Daraus folgt, dass, wenn auf Grund einer deutschen Kollisionsnorm auswärtiges Recht anzuwenden ist, *unmittelbar* dessen *Sach*normen und nicht etwa dessen Kollisionsnormen zu ermitteln und anzuwenden sind. Allein das E.-G. hat Ausnahmen statuiert, die sich beziehen auf:

a) die Geschäftsfähigkeit,

b) die Eheschliessung,

c) das eheliche Güterrecht,

d) die Ehescheidung,

e) das Erbrecht.

Art. 27 E.-G. bestimmt nämlich:

> Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art. 7, Abs. 1, dem Art. 13, Abs. 1, dem Art. 15, Abs. 2, dem Art. 17, Abs. 1 und dem Art. 25 für massgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung.

Es wird hiernach die in der ausländischen Kollisionsnorm enthaltene Verweisung in den genannten Materien nur dann beachtet, wenn sie auf deutsches Recht hinweist: Verweisungen anderer Natur sind nicht zu berücksichtigen.

3. Eine der deutschen analoge Bestimmung findet sich in dem japanischen Gesetz betreffend die Anwendung der Rechtsvorschriften im allgemeinen von 1898. Art. 29 desselben lautet:

> Sofern das Heimatrecht einer Person massgebend sein soll, die Bestimmungen desselben aber das japanische Recht für massgebend erklären, so findet das letztere Anwendung.

4. Selbstverständlich ist auch die in den Konventionen vorgeschriebene bezw. zugelassene Verweisung zu beachten. Vgl. § 20. Vgl. hierzu auch Asser, Quelques observations concernant le système du renvoi, Documents 1900, S. 182—184.

Anmerkung.

Die Materie der Verweisung im internationalen Privatrecht wird von sehr vielen Juristen in neuester Zeit weiter untersucht. Namentlich wichtig sind die Erörterungen von Lainé, La théorie du renvoi en droit international privé in Revue de dr. i. pr. et de dr. p. i. II, S. 605; III, S. 43, 331, 661; IV 729, ferner E. G. Lorenzen, The renvoi theory and the application of foreign law (Separatabzug aus Colombia law Review, March-April 1910), ferner P. Klein, Die Rückverweisung und Weiterverweisung im internationalen Privatrecht, Archiv für bürgerl. Recht XXVII, S. 252—282.

§ 7. Die bisherigen Bemühungen für eine einheitliche Ausgestaltung der Kollisionsnormen.

Meili, Handbuch I, S. 17.

Kahn, Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge (Leipzig 1904).

Dove, Die vertragsmässige Fortbildung des internationalen Privatrechts durch die Haager Konventionen (Berlin 1909).

I. *Der radikalste Weg zur Beseitigung der Gesetzeskollisionen wäre die Schöpfung eines einheitlichen gleichen Weltprivatrechts.*

1. Zwar ist nicht zu leugnen, dass eine gewisse Vereinheitlichung des Privatrechtes z. T. schon vorhanden, z. T. in Sicht ist. Man denke an die Erfolge, welche im internationalen Eisenbahnrecht, im gewerblichen und geistigen Urheberrecht erreicht worden sind, und sodann an das Weltwechselrecht, das wahrscheinlich (mit Ausschluss von England und Nordamerika) zustande kommen wird.

2. Allein nur Schwärmer können glauben, dass ein Weltrecht in naher Zukunft möglich ist. Das Privatrecht ist ein zarter Teil der Kultur eines bestimmten Volkes, und es lässt sich weder abrupt übertragen, noch plötzlich abändern. Was im Verkehrsrecht erreicht worden ist, kann für das Zivilrecht und speziell für das Familienrecht nicht massgebend sein. Es ist daher kein Zufall, dass gerade auf diesem Gebiete ein anderer Weg eingeschlagen worden ist.

II. *Dieser andere Weg besteht darin, mit den vorhandenen Differenzen der Gesetzgebungen zu rechnen, aber auf eine Vereinheitlichung der Kollisionsnormen hinzuarbeiten, so dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis überall nach dem gleichen materiellen Recht beurteilt werden soll. In diesem Sinne haben verschiedene private Gesellschaften versucht, Lösungen herbeizuführen.*

1. Insbesondere ist hier auf das Institut de droit international hinzuweisen, das sich seit seiner Gründung (1873) mit allen Fragen des internationalen Privat-, Prozess-, Konkurs- und Strafrechts beschäftigte. Die Verhandlungen und Referate des Institut sind abgedruckt in dem von ihm herausgegebenen „Annuaire".

2. Neben dieser geschlossenen Akademie bestehen noch zwei Gesellschaften:

a) die International Law Association (Association de droit international) seit 1873/75). Hier ist der Eintritt frei.

b) die American society of international law (seit 1906). Der Eintritt ist nicht frei, aber nicht so schwierig, wie beim Institut.

Diese beiden Gesellschaften haben sich Verdienste um die Förderung des internationalen Rechtes erworben.

III. *Es wurden in Amerika mehrfach staatliche Versuche gemacht, durch Verträge eine einheitliche Ordnung der Kollisionsnormen herbeizuführen.*

Es handelt sich dabei:

1. um Bemühungen zwischen Peru, Argentinien, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela und Costarica. Es existiert ein Vertragsentwurf von Lima (1878). Weiter sind die Vertragsentwürfe von Montevideo zu erwähnen. Vgl. dazu Meili, Die Kodifikation des internationalen Zivil- und Handelsrechts 1891. In dieser Schrift sind die betreffenden Vertragsentwürfe wörtlich aufgeführt.

2. um Bemühungen der Panamerikanischen Kongresse: 1889 Washington, 1900 Mexiko, 1906 Rio de Janeiro, 1910 in Buenos-Ayres. Ein praktisches Resultat entstand aber bis jetzt noch nicht.

IV. *Die staatlichen Bemühungen wurden auch in Europa aufgenommen.*

1. 1867 hatte Italien diplomatische Verhandlungen eingeleitet, um über einen Komplex von Fragen des internationalen Privatrechts eine Einigung zu erzielen. Allein ein praktischer Erfolg trat nicht ein.

2. 1874 bemühte sich die niederländische Regierung, eine Konferenz herbeizuführen, speziell über die Exekution auswärtiger Zivilurteile. Allein die Konferenz kam nicht zustande.

3. Von 1881 an trat Italien wieder auf den Plan. Das Programm war sehr umfassend, aber schliesslich schrumpfte es auf die Frage der Urteilsexekution zusammen. Gleichwohl gelang die Ausführung des Planes nicht.

4. Die erneuten Bemühungen, welche die Niederlande 1892 machten, führten endlich zur Abhaltung einer Konferenz von 1893, an die sich diejenigen von 1894, 1900 und 1904 anschlossen.

Anmerkungen.

1. Über die Bemühungen zur Herbeiführung einer einheitlichen Verständigung unter den Staaten über das Kollisionsrecht vgl. auch Buzzati, Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell'Aja I (1907), S. 5 ff.

2. Ferner ist hinzuweisen auf das Werk Burge's: Commentaries of colonial and foreign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England, herausgegeben von Alexander Wood Renton und George Grenville Phillimore Vol. I (1907), S. 1 ff.

3. Die Bedeutung der amerikanischen Vertragsentwürfe ist schon vielfach hervorgehoben worden. Vgl. auch Meili, Die Zukunft des internationalen Privat- und Strafrechts in Z. f. Völkerrecht und Bundesstaatsrecht I, S. 113.

Neuestens (1911) behauptete eine französische Zeitschrift des internationalen Privatrechts, dass die amerikanischen Vertragsentwürfe in Europa beinahe unbekannt seien!

§ 8. Die Entstehung der Haager Konventionen.

Meili, Das internationale Privatrecht und die Staaten-Konferenzen im Haag.

Meili, Der Gegenstand und die Tragweite der vier europäischen Staatenkonferenzen über das internationale Privatrecht.

Renault, Les conventions de la Haye sur le droit international privé.

Contuzzi, Le conferenze di diritto internazionale privato all'Aja.

Derselbe, Commentaire théoretique et pratique des conventions de la Haye concernant le droit international privé. 1. Bd. 1904.

Buzzati, Trattato di diritto internazionale privato secondo le convenzioni dell'Aja, 1. Bd., 1907.

I. *Die Haager Konventionen, welche hier dargestellt werden, sind das Resultat verschiedener Konferenzen, welche von fast allen Staaten Europas beschickt wurden.*

1. 1893 waren Delegierte im Haag anwesend von folgenden Staaten: 1. Deutschland, 2. Österreich-Ungarn, 3. Belgien, 4. Dänemark, 5. Spanien, 6. Frankreich, 7. Italien, 8. Luxemburg, 9. Niederlande, 10. Portugal, 11. Rumänien, 12. Russland, 13. Schweiz.

An der zweiten Konferenz 1894 nahmen auch Schweden und Norwegen teil, ebenso 1900 und 1904, an letzterer erschien überdies ein Vertreter des Kaisertums Japan.

2. An den Konferenzen wurden verschiedene Gebiete behandelt, und zwar einzelne Teilstücke des internationalen Familienrechts, des Erbrechts, des Konkursrechts und des Zivilprozessrechts.

II. *Die Konferenzen führten zu bestimmten Vertragsentwürfen, von denen ein Teil von einer grösseren Anzahl von Staaten genehmigt worden ist.*

Dies trifft zu:

1. bezüglich des internationalen *Familienrechts.* Es ist zu erwähnen:

a) die Konvention zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung (Convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage).

b) die Konvention zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett (Convention pour régler les conflicts de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de Corps).

Diese zwei Konventionen wurden definitiv angenommen von

Deutschland	Niederlande
Belgien	Rumänien
Frankreich	Schweden
Luxemburg	Schweiz.
Italien	

(Vgl. O. S. N. F. XXI, S. 397.) Später trat noch *Portugal* bei. (O. S. N. F., XXIII, S. 74).

c) die Konvention zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige (Convention pour régler la tutelle des mineurs).

Bezüglich der beigetretenen Staaten gilt das soeben Gesagte, nur ist dieser Konvention auch noch *Spanien* beigetreten.

Diese Konventionen wurden am 12. Juni 1902 abgeschlossen, die Ratifikationsurkunden wurden von der Mehrzahl der Staaten am 1. Juni 1904 im Haag hinterlegt. In der Schweiz wurden sie durch Bundesbeschluss vom 16. Juni 1905 genehmigt, und traten mit dem 15. September 1905 in Geltung.

2. bezüglich der Zivilprozesskonvention vom 14. November 1896 nebst Zusatzprotokoll vom 26. Mai 1897. Diese Konvention heisst internationale Übereinkunft zur Regelung einiger auf den Zivilprozess bezüglicher Fragen des internationalen Privatrechts. Sie besteht aus verschiedenen Teilen, die ein untrennbares Ganzes bilden und daher nicht selbständig gekündigt werden können. Sie bezieht sich auf:

a) Mitteilung gerichtlicher oder aussergerichtlicher Urkunden (Communication d'actes judiciaires ou extrajudiciaires).

b) Ersuchungsschreiben (Commissions rogatoires).

c) Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (Caution „judicatum solvi").

d) Armenrecht (Assistance judiciaire gratuite).

e) Personalhaft (Contrainte par corps).

Diese Konvention wurde in der Schweiz durch Bundesbeschluss am 21. Juni 1898 genehmigt und trat am 25. Mai 1899 in Kraft. (O. S. N. F., XVII, S. 179 ff.) Ihr gehören folgende Staaten an:

Deutschland	Norwegen
Ungarn	Niederlande
Belgien	Portugal
Dänemark	Rumänien
Luxemburg	Russland
Spanien	Schweden
Frankreich	Schweiz.
Italien	

Es ist zu beachten, dass 1904 eine Revision dieser Konvention ausgearbeitet wurde, die verschiedene Verbesserungen enthält, kraft welcher die, speziell auch in der Schweiz erhobenen Beschwerden verstummen sollten. Vgl. dazu die bundesrätliche Botschaft vom 1. Dezember 1908 (B.-B. 1908, VI, S. 129), die Auskunft über die Veränderungen gibt.

Die revidierte Übereinkunft wurde am 17. Juli 1905 abgeschlossen. In der Schweiz wurde sie durch Bundesbeschluss vom 17. März 1909 genehmigt. (O. S. N. F., XXV, S. 417.) Es gehören ihr alle oben erwähnten Staaten an, mit Ausnahme von Luxemburg, das die Ratifikation nicht vollzogen hat (O. S. N. F., XXV, S. 448 Note.)

III. *Von einzelnen Staaten wurden noch weitere im Haag präparierte Konventionen unterzeichnet und von ihnen ratifiziert, dagegen geschah dieses nicht von der Schweiz.*

Dies trifft zu bezüglich folgender Konventionen:

1. der Übereinkunft betreffend Entmündigung und ähnliche Schutzmassregeln (Projet d'une Convention concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues).

Die Verhandlungen über diese Konvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien (Vgl. § 9 III):

Vorentwurf; Programmentwurf (Projet Actes 1893, p. 7, 11.
,, 1894, p. 3.

Documents 1904, p. 98—137, 172—175, 193—196, 208—210, 215—217, 238—241, 253—254, 264—266, 288—293, 312—313, 323—325, 333, 337.

Bestellung der Kommission . . . . Actes 1900, p. 90.
,, 1904, p. 12.
Bericht der Kommission . . . . . . ,, 1900, p. 199—202.
,, 1904, p. 27—38.
Anträge der Kommission . . . . . ,, 1900, p. 202, 203.
,, 1904, p. 38—40.
Erste Lesung . . . . ,, 1900, p. 183—190.
,, 1904, p. 17—26, 41—45.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion ,, 1904, p. 147, 148.
Antrag der Redaktionskommission . ,, 1904, p. 161—163.
Bestimmungen des Schlussprotokolls ,, 1904, p. 218—221.

2. der Übereinkunft betreffend den Geltungsbereich der Gesetze in Ansehung der Wirkungen der Ehe auf die Rechte und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen und auf das Vermögen der Ehegatten (Projet d'une Convention concernant les conflits de loi relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux).

Die Verhandlungen über diese Konvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien:

Wirkungen der Ehe auf den Status der Frau.

Vorentwurf; Programmentwurf . . . Actes 1893, p. 7, 9.
,, 1894, p. 3.

Documents 1900, p. 18—23, 100, 106, 113, 114, 138, 145, 154, 165, 166, 176, 179.
,, 1904, p. 62—73, 169—171, 177—180, 191, 208, 215, 232—233, 252—253, 259—260, 262, 282—285, 307—309, 321, 326, 329—331, 335—336.

Actes 1900, p. 41, 47, 53, 54.
Bestellung der Kommissionen . . . ,, 1894, p. 16, 17.
,, 1900, p. 83, 89.
,, 1904, p. 12.
Generaldiskussion . . . . ,, 1900, p. 88.

Bericht der Kommission	Actes	1894, p. 81—83.
	,,	1900, p. 225.
	,,	1904, p. 177.
Anträge der Kommission	,,	1894, p. 87.
	,,	1900, p. 230.
Erste Lesung	,,	1894, p. 71—73.
	,,	1900, p. 218, 219.
Anträge der Redaktionskommission.	,,	1894, p. 94, 95.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion	,,	1894, p. 95, 96.
Bestimmungen des Schlussprotokolls	,,	1894, p. Pr. F. 2, 3.

Wirkungen der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten und die Handlungsfähigkeit der Frau.

Vorentwurf; Programmentwurf . . Actes 1893, p. 7, 9, 10.
,, 1894, p. 3.

Documents 1900, p. 24—35, 101, 102, 106, 107, 114, 115, 126, 129, 138, 145, 154, 155, 166—169.

Documents 1904, p. 62—89, 169—172, 177—186, 191—192, 208, 215, 232—235, 252—253, 259—263, 282—287, 307—311, 321—323, 326, 329 bis 331, 335—337.

	Actes	1900, p. 41, 42, 54.
Bestellung der Kommission	,,	1900, p. 83.
	,,	1904, p. 12.
Bericht der Kommission	,,	1900, p. 226—230.
	,,	1904, p. 177—185.
Anträge der Kommission	,,	1900, p. 230, 231.
	,,	1904, p. 186—188.
Erste Lesung	,,	1900, p. 219—222.
	,,	1904, p. 165—172.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion	,,	1904, p. 174.
Anträge der Redaktionskommission.	,,	1904, p. 193, 194.
Bestimmungen des Schlussprotokolls	,,	1904, p. 215—218.

IV. *Es besteht auch noch ein Entwurf über Erbrecht (Projet d'une convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testament). Diese Materie ist im Haag noch pendent.*

Anmerkungen.

1. Über die *erste* Staatenkonferenz von 1893 ist zu vgl. Asser in der Revue de dr. i. XXV 521—548; Lainé im Journal 1894 XXI p. 1—25, 236—255; Renault in den Annales de l'école libre des sciences politiques 1894 Nr. 3; W. Cahn, in Zeitschrift Böhm-Niemeyer IV, S. 1—10; Breukelman, De conferentie over het internationaal privaatrecht in Themis 1894, p. 161—176; Bustamente in Revista del Foro (in Havanna) año IV, Nr. 24, p. 459—488, 539, 571—577. Vgl. auch Meili, Der erste europäische Staatenkongress über internationales Privatrecht in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1894 Nr. 21, S. 169 ff. (auch separat in Wien erschienen). — Eine teilweise Frucht des ersten Staatenkongresses ist auch das Werk von Guillaume, Le mariage en droit international privé et la conférence de La Haye (Bruxelles 1894). Über die *zweite* Staatenkonferenz ist zu vergleichen Asser in Revue de dr. i. XXVI, p. 349—377; W. Cahn in der Zeitschrift Böhm-Niemeyer V, S. 1—24, Breukelman in Themis 1894, p. 443 ff.; F. Beichmann in Tidsskrift for Retsvidenskab 1895 VIII, p. 114—151; Torres Campos Las conferencias de derecho international privado de El Haya, Madrid 1895, Lainé im Journal 1895 XXII, p. 465, 734.

Über die *dritte* Konferenz vergleiche:

Buzzati, Intorno al „projet de programme" della terza conferenza di diritto internazionale privato Torino 1899.

Missir, Projet de codification du droit international privé, élaboré par la conférence de la Haye 1899.

Meili, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag (Zürich 1900).

Staatssekretär Töry publizierte in ungarischer Sprache eine Arbeit: Über die Beschlüsse der im Haag abgehaltenen dritten Konferenz für internationales Privatrecht (Budapest 1901).

2. Mandelstamm behandelt die Konferenzen im Haag in 2 Bänden, die in russischer Sprache erschienen sind (Petersburg 1900).

3. Über die *vierte* Konferenz vgl. Buzzati, Les projets de conventions de la Haye pour le droit international privé in Revue de dr. i. Deux., S. III, S. 269—299, und Lainé, Journal 1905, S. 797; 1906, S. 5, 275 ff.

4. Asser hat im Institut de droit international einige Ideen über die Weiterbildung der Staatenkonferenzen betreffend das internationale Privatrecht entwickelt (Annuaire 1902, XIX, S. 338—348; Diskussion darüber S. 349—350). Vgl. dazu Meili, Die Zukunft des internationalen Privat- und Strafrechts in der Z. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht I, S. 152 ff.

5. Die Angaben von Dungs über die den Konventionen beigetretenen Staaten sind ungenau. Portugal, das der Ehe- und der Vormundschaftskonvention angehört, ist fortgelassen, während Spanien, das nur der Vormundschaftskonvention angehört, bei allen dreien figuriert.

6. Österreich-Ungarn war auf den Konferenzen vertreten, und seine Vertreter haben die Konventionen angenommen. Eine Ratifikation ist jedoch noch nicht erfolgt. Der ungarische Reichstag hat 1907 die drei Familienrechtskonventionen verfassungsgemäss verabschiedet, die Sanktion steht aber immer noch aus, angeblich deshalb,

weil sie gleichzeitig nach ihrer Annahme durch den österreichischen Reichsrat, welchem sie auch 1907 zur verfassungsmässigen Behandlung unterbreitet wurden, sanktioniert werden sollen. Vgl. Schwarz, Ungarns Anschluss an die Haager Familienrechtskonvention, Zeitschrift Böhm-Niemeyer XVIII S. 84, Nr. 106, 364—398 speziell, S. 85 und Czyhlarz, a. a. O., S. 9—11.

§ 9. Der Geschäftsgang bei den Haager Staatenkonferenzen.

Meili, Der Gegenstand und die Tragweite der vier europäischen Staatenkonferenzen über das internationale Privatrecht.

I. *Über den Geschäftsgang ist einiges zu sagen, das für die richtige Würdigung der Konventionen von Bedeutung ist.*

1. Schon von der ersten Konferenz an galt es ohne jede Diskussion als selbstverständlich, dass die französische Sprache als allgemeines Verständigungsmittel verwendet wurde. Daran wurde an allen Staatenkonferenzen konsequent festgehalten. Der Originaltext der abgeschlossenen Konventionen ist denn auch der französische. (Vgl. § 13)

2. Im Haag wurden von Anfang an Kommissionen gebildet, denen bestimmte Gebiete zur Behandlung zugeteilt wurden. In diesen Kommissionen wurde in freier Weise diskutiert und dabei versucht, zu konkreten Lösungen zu gelangen.

3. Der jeweilige Präsident der Kommission pflegte auch den Detailbericht und die Vorlage an die Gesamtkonferenz auszuarbeiten, zuweilen wurde auch ein besonderer Berichterstatter ernannt. Das Resultat unterlag zunächst der Prüfung, Ergänzung und Korrektur der Kommissionsmitglieder und sodann ihrer Genehmigung.

4. Hiernach gelangte die Materie zur Diskussion vor die Gesamtkonferenz. Hier konnten von allen Delegierten Abänderungsanträge gestellt werden. Grundsätzlich fanden zwei Lesungen statt. In der zweiten handelte es sich in der Regel nur darum, die Redaktion zu bereinigen, also nicht darum, die erledigten Fragen noch einmal zu diskutieren und darüber abzustimmen. Immerhin gab es auch da Ausnahmen, z. B. wenn der Präsident der Konferenz erst in letzter Stunde eine neue Kombination zur Ausgleichung bestehender Differenzen ausfindig machte.

II. *Bei den Diskussionen und Entwürfen trat namentlich das Bestreben in den Vordergrund, überall die internen Eigentümlichkeiten*

der Staaten zu schonen und ihre Gesetzgebung nicht unnötig zu verletzen.

1. Die Delegierten der Staaten zeigten sich bereit, einzelne besonders wichtige Fragen herauszugreifen, aber sie sträubten sich dagegen, eine Materie in ihren vollen Konsequenzen zu ordnen. Natürlich geschah dies infolge erhaltener Instruktion.

2. Die Schattenseiten dieses Vorgehens sind freilich sofort erkennbar, damit wird ein Teil der behandelten Fragen aus einem grösseren Ganzen losgelöst, während der andere Teil dem bisherigen internationalen Kollisionsrecht untersteht.

Eine weitere Folge besteht darin, dass es den Konventionen an der inneren Geschlossenheit fehlt. Die Kritik hat diesen Mangel an Methode und System gerügt, allein sie hätte nicht verkennen sollen, dass er die Folge der Entstehung und der den Delegierten erteilten Instruktion war, an die sie sich zu halten hatten.

Wir werden im späteren Verlauf sehen, dass die hier erwähnten Verhältnisse juristisch relevant werden können. Vgl. namentlich § 13.

III. *Die Tätigkeit der vier Konferenzen ist in einem reichen Material geschildert.*

Es kommen hier in Betracht:

1. Actes de la Conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé (12.—27. September 1893) La Haye 1893.

Der zweite Teil enthält eine Sammlung des Gesetzesmaterials und der Bestimmungen der Staatsverträge, die sich in den einzelnen Konferenzstaaten auf internationales Privatrecht beziehen.

2. Actes de la deuxième Conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé (25. Juni bis 23. Juli 1894), La Haye 1894.

3. Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé (29. Mai bis 18. Juni 1900) La Haye 1900.

Für diese Konferenz war von der niederländischen Regierung ein projet de programme ausgearbeitet worden, und die einzelnen Staaten waren in die Lage versetzt worden, ihre Bemerkungen und Vorschläge zu machen. Diese wurden dann von der Commission royale des Pays-Pas pour le droit international privé, die 1897 eingesetzt

worden war, sowohl in extenso publiziert, als auch verarbeitet und in einem Tableau zusammengestellt unter dem Titel: Documents relatifs à la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé. Diese Documents bilden den zweiten Teil.

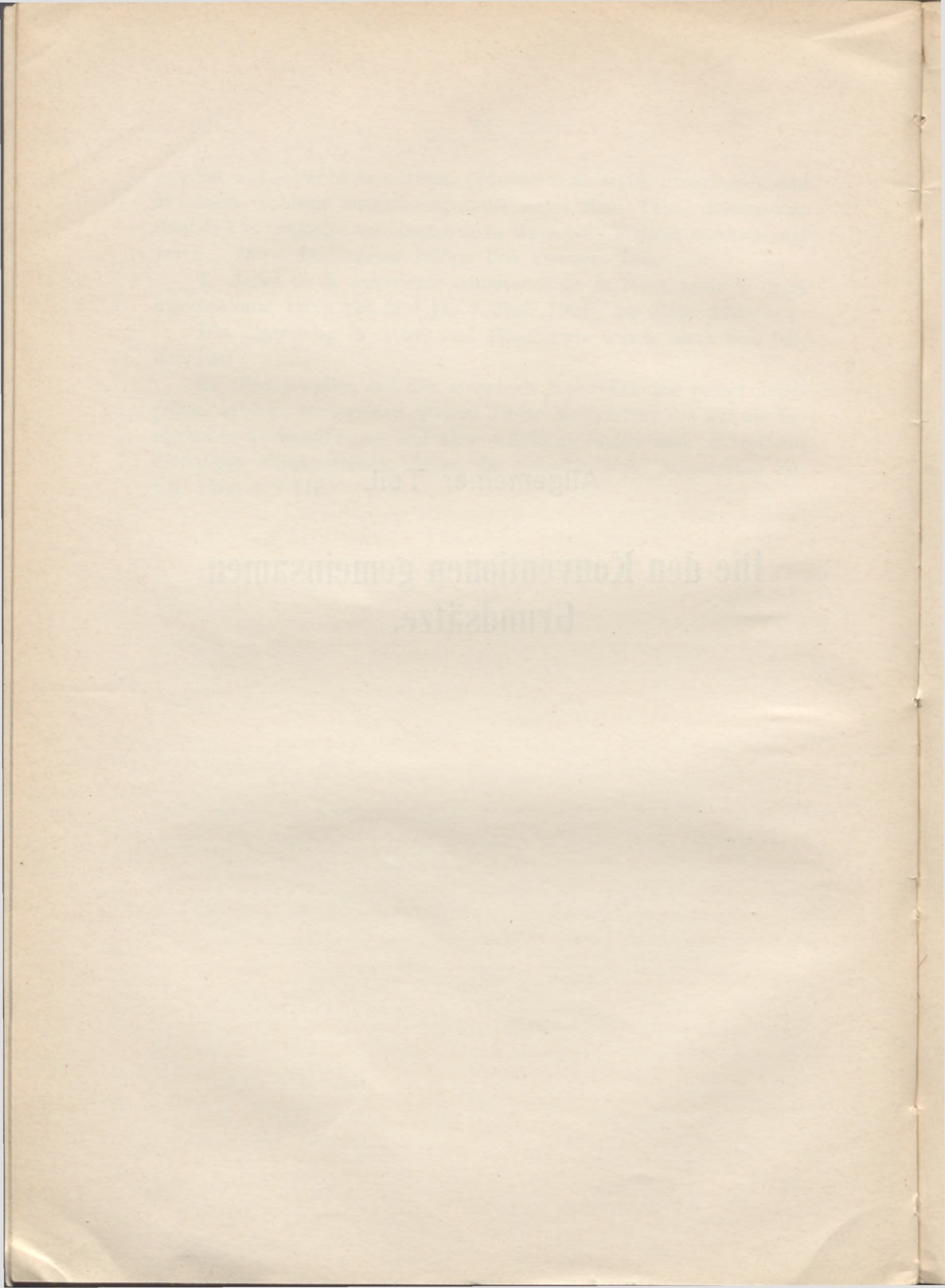
4. Actes de la quatrième conférence de la Haye pour le droit international privé (16. Mai bis 7. Juni 1904), La Haye 1904.

Die Einteilung in Actes und Documents wurde auch hier beibehalten.

Es wird jeweilen bei den einzelnen Konventionen genau angegeben werden, an welchen Stellen dieser Materialien die auf sie bezüglichen Verhandlungen und Aktenstücke zu finden sind. Betreffend diejenigen Konventionen, denen die Schweiz nicht beigetreten ist, vgl. oben § 8 III.

Allgemeiner Teil.

Die den Konventionen gemeinsamen Grundsätze.



§ 10. Die prinzipielle Charakterisierung der Konventionsnormen.

I. *Für die Weiterentwicklung des internationalen Privatrechts bilden die Konventionen eine überaus wichtige Etappe.*

Leider besteht nicht überall ein volles Verständnis für diese Tatsache, und doch ist es klar, dass die Ordnung des internationalen Lebens allein auf dem Wege von Staatsverträgen mit Erfolg geschehen kann. Die Haager Konventionen beschreiten hier durchaus die richtige Bahn. Sie begründen auf einer weiten Staatenfläche einheitliche und auf überstaatlicher Rechtsquelle beruhende Kollisionsnormen. Sie ermöglichen auf diese Weise grundsätzlich eine international gleiche Lösung der Kollisionsfälle. Dieses Ideal des internationalen Privatrechts wird durch das *partikuläre* Vorgehen einzelner Staaten gefährdet; hierdurch wird vielmehr erst recht die Möglichkeit von Kollisionen der Kollisionsnormen und der Anknüpfungsbegriffe geschaffen. (Vgl. oben § 2.) Es liegt allerdings in der Natur der Sache und in der der Geschichte eigenen Art, dass hier nur langsam und stückweise vorgegangen werden kann.

Aber es ist doch ein grosser Gedanke, dass die zivilisierten Staaten die Aufgabe aufgegriffen haben, die Disharmonie der Kollisionsnormen und der Anknüpfungsbegriffe allmählich zu beseitigen.

II. *Juristisch ist durch die Konventionen in völkerrechtlicher Form ein überstaatliches internationales Privat- (und Prozess-)recht geschaffen worden, das für das ganze Konventionsgebiet mit Ausschluss des partikularen internationalen Privatrechtes gilt, soweit es Bestimmungen enthält, die damit im Widerspruch stehen.*

1. Die Konventionen sind rechtsetzende Staatsverträge. Als solche verbinden sie trotzdem zunächst nur die Staaten als Völkerrechtssubjekte, und diese verpflichten sich, entsprechende interne Rechtsregeln aufzustellen. Damit sie in den einzelnen Staaten als internes Recht für die Gerichte und sonstigen Behörden in Kraft treten, ist die Erfüllung der von dem jeweiligen Staatsrecht für Staatsverträge aufgestellten Erfordernisse notwendig. In der Schweiz ist

z. B. hierfür nicht die normale *Gesetzesform* erforderlich, d. h. die Annahme erfolgt durch die Bundesversammlung nicht unter Vorbehalt des fakultativen Referendums (Art. 85, Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 89, Abs. 2 B.-V.), sondern es genügt die erstere (Art. 85, Ziff. 5 B.-V.). Im Deutschen Reiche ist nach der vorangegangenen Annahme des Bundesrates die Genehmigung des Reichstages erforderlich, soweit es sich um Materien handelt, die unter die Reichsgesetzgebung fallen und die eine Änderung des B. G.-B. herbeiführen.

Prinzipiell ist aber festzuhalten, dass es zur internen Inkraftsetzung der Konventionen nicht der vom jeweiligen Staatsrecht vorgeschriebenen allgemeinen Form für *Gesetze*, sondern nur derjenigen für *Staatsverträge* bedarf. Dies spricht bezüglich des niederländischen Rechtes ein Urteil vom 5. Februar 1906 des Gerechtshof te' s-Gravenhage (Cour d'appel de la Haye) aus (La Codification du droit int. pr. Heft 3 1908, S. 87 ff).

2. Sobald die Konventionen gemäss den Bestimmungen des internen Staatsrechtes angenommen sind, erscheinen sie juristisch auch als ein Teil des internen Rechts. Dies ist namentlich wichtig für die Frage der „Revisibilität". (Vgl. unten § 15)

3. Soweit die Bestimmungen der Konventionen imperativ lauten, heben sie das sonstige interne internationale Privatrecht auf und treten an seine Stelle. Freilich kann in der einen und gleichen Materie sowohl Konventionsrecht als auch internes internationales Recht zur Anwendung kommen.

III. *Das durch die Haager Konventionen geschaffene Recht enthält neben materiellem Privatrecht auch einzelne Bestimmungen über internationales Zivilprozessrecht, auch abgesehen von der eigentlichen Zivilprozesskonvention.*

In dieser Beziehung ist hinzuweisen auf:

1. Art. 5 der Ehescheidungskonvention, Hier werden Kompetenznormen aufgestellt. (Vgl. § 41)

2. Art. 7 der gleichen Konvention. Hier wird die Rechtspflicht der Staaten zur Anerkennung — nicht zur Exekution — der Ehescheidungsurteile ausgesprochen.

IV. *Welche Rechtsfolgen die Verletzung der Konventionen nach sich ziehe, ist durch diese nicht geordnet.*

1. Solange die Konventionen bestehen und nicht durch Kündigung ausser Wirksamkeit gesetzt sind, müssen sie gewissenhaft gehalten werden. Die Aufforderung zu ihrer Missachtung, wie sie bezüglich der Vormundschaftskonvention in der Schweiz vielfach erfolgte, ist durchaus verwerflich. Die Vertragstreue ist im Völkerrecht, wie auch in anderen Teilen des Rechtes, das oberste Gebot, an das man sich zu halten hat.

2. Allerdings enthalten die Konventionen selbst nichts über die Folgen ihrer Verletzung. Diese bestimmen sich nach allgemeinem Völkerrecht. Darnach steht dem verletzten Staate eine völkerrechtliche Klage zu.

3. Keinesfalls erlöschen die Konventionen etwa infolge einer Verletzung. Auch sind die in Verletzung der Konvention erfolgten Vorgänge nicht etwa nichtig. Wenn z. B. die Vormundschaftskonvention übertreten und im Domizil- oder Aufenthaltsstaat eine Vormundschaft angeordnet wird, die nicht hätte angeordnet werden sollen, so ist diese Vormundschaft deshalb nicht nichtig.

V. *In den Konventionsstaaten entsteht durch die Einführung der Konventionen eine dreifache Schichtung des auf eine bestimmte Materie anwendbaren internationalen Privatrechts.*

1. Zunächst gelten, soweit es sich um Ausländer handelt, die nicht einem Konventionsstaat angehören, die Normen des internen internationalen Privatrechts. So gilt z. B. für die Ehescheidung von Nichtkonventionsausländern in der Schweiz wie bisher der Grundsatz des Art. 56 Z. E.-G., vom 1. Januar 1912 an die Bestimmung des Schl.-T. Art. 61, Ziff. 7 h Z.-G.-B. Auf den Konferenzen ist allerdings der Gedanke erwogen worden, die Konventionsnormen in den von ihnen geregelten Materien als *allgemeines* internationales Privatrecht gelten zu lassen. Man ist jedoch davon abgekommen, und die Konventionsnormen werden nur dann angewandt, wenn bestimmte persönliche Voraussetzungen vorliegen. Diese sind bei jeder Konvention verschieden, und sie werden daher im speziellen Teil näher erörtert. (Vgl. §§ 16, 30, 47, 64)

2. Soweit Ausländer in diesem Sinne in Frage kommen, gelten die Normen der betreffenden Konventionen, allerdings nur für die davon beschlagenen Materien.

Dabei entsteht zuweilen ein Ineinandergreifen des überstaatlichen (konventionsmässigen) und des partikulären internationalen Privatrechts.

3. Endlich ist es möglich, dass zwischen *einzelnen* der Konventionsstaaten wieder *separate* Vereinbarungen bestehen. Diese bleiben z. T. in Kraft, soweit es sich um Angehörige der betreffenden Staaten handelt, und zwar gleichgültig, ob sie vor oder nach Abschluss der Konventionen zustande gekommen sind. So fallen z. B. auf Grund der Haager Vormundschaftskonvention die separaten Staatsverträge zwischen der Schweiz einerseits und Italien und Frankreich andererseits über diese Materie im Verhältnis dieser Länder nicht einfach dahin. (Vgl. unten § 59, wo die Frage genauer besprochen wird.)

So besteht ferner z. B. zwischen Frankreich und Belgien ein Staatsvertrag betreffend Gerichtsstand und Urteilsvollstreckung vom 8. Juli 1899, dessen Kompetenzvorschriften durch Art. 5 Ziff. 2 der Ehescheidungskonvention nicht beseitigt sind. In dem „exposé des motifs du projet de loi française ratifiant la Convention de la Haye" heisst es — und diese Argumentation trifft allgemein zu —:

> La Convention de 1899 s'impose à la Belgique et à la France d'une manière plus générale; il importe de remarquer que la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 ne saurait être touchée par la Convention de la Haye du 12 Mai 1902. La première convention consacrée à la compétence et à l'exécution des jugements est adaptée aux législations des deux pays contractants qui ont de véritables ressemblances de telle sorte que les liens qui en résultent sont plus étroits que ceux qui ont été formés à la Haye entre douze Etats dont les législations sont très dissemblables. Vgl. Journal XXXVII (1910), S. 153.

Anmerkungen.

1. Was die Möglichkeit von Hauptverträgen und Separatverträgen im Gebiete völkerrechtlicher Beziehungen anbetrifft, so ist z. B. auf den Weltpostvertrag und auf die Tatsache zu verweisen, dass daneben Separatvereinbarungen zwischen einzelnen Staaten bestehen.

2. Der Wortlaut der Gerichtsstandverträge zwischen Frankreich und der Schweiz von 1869 und zwischen Frankreich und Belgien von 1900 ist abgedruckt bei Meili, Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, S. 569.

3. Es gibt auch Staatsverträge, durch welche ein allgemeiner Satz (ein Verbot) statuiert wird, in der Meinung, dass die beteiligten Staaten ein besonderes Gesetz erlassen. Vgl. Meili, Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts (1910), S. 96 ff.

4. Delius, Reformen im internationalen Rechtshülfeverkehr Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XVI, S. 164 ff. meint, der dürftige Inhalt der Haager Konventionen habe sehr enttäuscht, und dies erkläre sich daraus, dass eine zu grosse Anzahl von Staaten an ihnen beteiligt seien; man wollte viele Köpfe unter einen Hut bringen, und dies misslang. Diese Ausführung enthält ein Korn Wahrheit.

5. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 3. Auflage, 1906 I, S. 101, Anm. 13, bemerkt, es gehöre „Optimismus" dazu, in den drei Haager Konventionen über das Recht der Eheschliessung, der Ehescheidung und der Vormundschaft über Minderjährige den Keim eines übereinstimmenden internationalen Privatrechts aller Kulturstaaten zu erblicken.

6. Niemeyer, D. J.-Z. IX (1904), sagt: Die Geschichte des Völkerrechts lehrt, dass die in Staatsverträgen einmal zur Anerkennung gelangten gesunden internationalistischen Rechtsgedanken mit unwiderstehlicher innerer Kraft die anfangs weigerlichen Drittstaaten zur geistigen Botmässigkeit zwingen, und dass das „crescit eundo" auch für die Fortbildung und Erweiterung jener Rechtsgedanken selbst gilt. Darin liegt, wie für die künftige Ausdehnung der Familienrechtskonventionen auf die noch nicht beigetretenen Staaten so auch für die Ausscheidung der in den Konventionen zurückgebliebenen Schlacken ein hoffnungsvolles Prognostikon.

§ 11. Geltungsbereich, Ratifikation, Geltungsdauer und Kündigung der Konventionen.

I. *Für den örtlichen Geltungsbereich der Konventionen sind verschiedene Grundsätze massgebend.*

1. Die Bestimmungen der drei (auch von der Schweiz angenommenen) materiellen Konventionen finden grundsätzlich nur auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten Anwendung (Art. 9 Eheschliessungskonvention, Art. 10 Ehescheidungskonvention, Art. 10 Vormundschaftskonvention).

2. Anders ist es bei der Konvention betr. die Wirkungen der Ehe (Art. 12), betr. die Entmündigung (Art. 16) und der Zivilprozesskonvention (Art. 26). Diese finden auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten ohne weiteres Anwendung, aber sie sehen ein Verfahren vor, wodurch sie auch in den aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien oder in den Konsulargerichtsbezirken der Vertragsstaaten in Kraft gesetzt werden können.

II. *Als zeitlicher Ausgangspunkt für verschiedene wichtige Rechtswirkungen erscheint die Ratifikation bezw. die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.*

1. Die Konventionen unterliegen der Ratifikation der Staaten, und die Ratifikationsurkunden müssen im Haag hinterlegt werden. Diese Hinterlegung soll stattfinden, sobald die *Mehrzahl* der vertragschliessenden Teile (Eheschliessungskonvention Art. 9, Ehescheidungskonvention Art. 10, Vormundschaftskonvention Art. 10) oder sobald *sechs* der Vertragsparteien hierzu in der Lage sind (Konvention betr. Wirkungen der Ehe Art. 11, Konvention betr. Entmündigung Art. 15, Zivilprozesskonvention Art. 25).

2. Die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden hat folgende Bedeutung:

a) Am sechzigsten Tage nach ihrer Vornahme treten die Konventionen in Kraft.

b) Von dieser Zeit an wird die Geltungsdauer der Konventionen berechnet, die zunächst auf fünf Jahre fixiert ist. Mit diesem Zeitpunkt beginnt der Lauf der Frist auch für diejenigen Staaten, welche die Hinterlegung erst nach diesem Zeitpunkte bewirken oder erst später beitreten, mit anderen Worten, massgebend ist nicht die *individuelle* Hinterlegung der Ratifikationsurkunden, sondern die *kollektive*, welche durch die Mehrzahl, bezw. durch sechs der Vertragsstaaten in dem oben erwähnten Sinne erfolgt.

III. *Eine Rückbeziehung der Konventionen auf Verhältnisse, die vor ihrem Inkrafttreten entstanden sind, findet regelmässig nicht statt.*

Eine Rückwirkung der Bestimmungen der Konventionen ist nirgends ausgesprochen; es bestehen auch keine Anhaltspunkte, aus denen sie deduziert werden könnte. Bei einzelnen Konventionen, z. B. derjenigen über Prozessrecht, verbietet sich eine Rückwirkung durch die Natur der Sache. Bei den anderen gilt der grundsätzliche Ausschluss der Rückwirkung, der nicht nur für die materiellen Rechtssätze, sondern auch für die Normen des internationalen Privatrechts zutrifft. (Vgl. Meili, Handbuch I, S. 143.)

Praktisch wurde die Frage der Rückwirkung speziell im Bereiche der Vormundschaftskonvention. (Vgl. § 47, IV)

IV. *Von besonderer Bedeutung wird das Datum der Hinterlegung der Ratifikation für die Frage des Kündigungstermins.*

1. Die Konventionen gelten fünf Jahre vom Zeitpunkt der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden im erwähnten Sinne; in Ermangelung einer Kündigung gelten sie als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert. Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablauf der Geltungsdauer der Regierung der Niederlande zugestellt werden, die hiervon allen anderen Vertragsstaaten Kenntnis gibt.

2. Die *Schweiz* hat für die Ehe- und Vormundschaftskonventionen ihre Ratifikationsurkunden am 17. Juli 1905 im Haag hinterlegt, und es herrschte die Ansicht, die erste Geltungsperiode für die Schweiz gehe am 17. Juli 1910 zu Ende. Die Agitation, die eine Kündigung der Vormundschaftskonvention durch die Schweiz anstrebt (vgl. unten § 61), regte daher an, dass diese Kündigung spätestens sechs Monate vor diesem Termin, d. h. spätestens am 17. Januar 1910 erfolgen müsse. Mit Recht wies aber die schweizerische Gesandtschaft, die im Haag akkreditiert ist, darauf hin, dass diese Berechnungsweise falsch sei, weil die fünfjährige Geltungsdauer auch für die Schweiz nicht von der individuellen Ratifikationshinterlegung am 17. Juli 1905 laufe, sondern von der durch die Mehrzahl der Konventionsstaaten, die am 1. Juni 1904 stattgefunden habe. Die Schweiz hätte also zum erstenmal sechs Monate vor dem 1. Juni 1909, d. h. vor dem 1. Dezember 1908 kündigen können, und sie kann es wieder vor dem 1. Dezember 1913 auf den 1. Juni 1914 tun.

Anmerkung.

Das Z.-G.-B. stellt gleichfalls als Regel die Nichtrückwirkung der Gesetze auf. Sch.-T. Art. 1 bestimmt:

> Die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, werden auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechtes beurteilt, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben.
>
> Demgemäss unterliegen die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Handlungen in bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen.
>
> Die nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Tatsachen dagegen werden, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat, nach dem neuen Rechte beurteilt.

§ 12. Die Konventionen als geschlossene Rechtsunionen.

I. *Aus der Betrachtung heraus, dass die Konventionen geschlossene Rechtsunionen bilden, folgt, dass der vorbehaltlose Beitritt dazu nur einem von vorneherein bestimmten Kreise von Staaten offen steht.*

1. Das massgebende Merkmal besteht bei der Eheschliessungskonvention (Art. 10), Ehescheidungskonvention (Art. 11) und bei der Vormundschaftskonvention (Art. 11) darin, dass die Staaten auf der dritten Haager Konferenz über internationales Privatrecht (1900), und bei der Konvention betreffend die Wirkungen der Ehe (Art. 13), betreffend die Entmündigung (Art. 17) und bei der Zivilprozess-Konvention (Art. 27) darin, dass sie auf der vierten Haager Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren. Staaten, bei denen diese Voraussetzungen zutreffen, haben ihr Beitrittsgesuch einfach in einer Urkunde kundzugeben, die im Archiv der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese übersendet eine beglaubigte Abschrift hiervon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege.

2. Der Grund, welcher für diese Beschränkung in der Möglichkeit eines vorbehaltlosen Beitrittes entscheidend ist, liegt in folgender Erwägung. Die Konventionen statuieren in weitgehendem Masse die Anwendung ausländischen Rechtes. Nun bieten aber gerade in dieser Beziehung diejenigen Staaten, die an der dritten und vierten Haager Konferenz teilgenommen haben, die grösste Garantie, und an den Konferenzen ist ein reiches, authentisches, rechtsvergleichendes Material zusammengestellt worden, das sich auf die beteiligten Staaten bezieht. Unter diesen Umständen kann die Tragweite der Verpflichtung zur Anwendung auswärtigen Rechtes genau übersehen werden. Etwas anderes wäre es gegenüber einem Staate, dessen Recht an den Haager Konferenzen nicht Revue passiert hat; hier würden die anderen Staaten mit der Anerkennung ihrer Verpflichtung zur Anwendung seines Rechtes einen Sprung ins Dunkle tun.

3. Diese Tendenz, die Pflicht zur Anwendung eines den Staaten relativ unbekannten Rechtes auszuschliessen, findet sich auch in einigen Sätzen innerhalb der Konventionen. So bestimmt Art. 8, Absatz 2 der Eheschliessungskonvention:

> Kein Staat verpflichtet sich durch dieses Abkommen zur Anwendung eines Gesetzes, welches nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist.

In der Eheschliessungskonvention ist diese Bestimmung mit Rücksicht auf die in Art. 1 enthaltene Verweisung von besonderer Bedeutung. (Vgl. unten § 20)

Ferner enthält Art. 9, Absatz 2 der Ehescheidungskonvention wörtlich die gleiche Bestimmung, und Art. 14 der Konvention betreffend die Wirkungen der Ehe sagt:

> Dieses Abkommen findet keine Anwendung, wenn das Gesetz, das nach den vorstehenden Artikeln abgewendet werden müsste, nicht das Gesetz eines Vertragsstaates ist.

4. Die angeführten Normen sprechen vom vorbehaltlosen Beitritt der Staaten (adhérer purement et simplement). Hierdurch wird völkerrechtlich ausgesprochen:

a) die Adhärenten sollen als vollkommen gleichberechtigt erklärt und behandelt sein, wie die ursprünglichen Kontrahenten. Sie werden in die Rechtsunion ohne Einschränkung aufgenommen, und sie sollen nicht minderen Rechtes sein, etwa weil sie erst später eintreten oder aus anderen Gründen.

b) die Adhärenten dürfen aber umgekehrt ihren Beitritt an keine Reserven oder Modifikationen knüpfen. Sie können den Beitritt nicht in der Meinung aussprechen, dass einzelne Artikel modifiziert gelten oder ihnen gegenüber ausgeschlossen werden. Würde der Beitritt doch nur in einer solchen verklausulierten Weise erfolgen, so würde er die anderen Staaten nicht verpflichten.

Von besonderer Bedeutung ist dieser Gesichtspunkt, wenn eine Konvention, — wie etwa die Konvention betr. die Wirkungen der Ehe oder die Zivilprozesskonvention — aus mehreren Teilen besteht. Hier liesse sich daran denken, dass der Beitritt nur zu einzelnen Teilen erfolgt. Dies ist gänzlich ausgeschlossen. Diese Teile stehen nicht selbständig da, sondern sie sind integrierende Bestandteile eines Ganzen.

II. *Andere als die erwähnten Staaten können den Konventionen nur beitreten, wenn sie von allen bereits angeschlossenen einstimmig aufgenommen werden.*

§ 13. Allgemeine Grundsätze über die Interpretation der Konventionen.

I. *Rein sprachlich ist zu beachten, dass der Originaltext der Konventionen in französischer Sprache verfasst ist.*

1. Die Tatsache steht fest, sie ist auch in der deutschen Denkschrift speziell anerkannt worden (Z. XVIII, S. 487).

2. Die Schweiz hat als Übersetzung die von der deutschen Regierung dem Reichstag vorgelegte herübergenommen.

Der Satz des Art. 116 B.-V., auf den gestützt die drei Nationalsprachen als gleichberechtigt angesehen werden, gilt für das Gebiet der Konventionen nicht. Es liegt eben hier eine separat fliessende Quelle des Rechtes vor, dessen Entstehung auf völkerrechtlichen Formen ruht.

II. *Die Auslegung der in den Konventionen ausgesprochenen Normen steht auf einer eigenen internationalen Grundlage.*

1. Es liegen hier Rechtsvorschriften vor, die ausserhalb des Zusammenhangs mit dem im internen Staate geschaffenen internationalen Privatrecht (und Prozessrecht) zur Entstehung gelangten. In welchem Sinne die juristischen Ausdrücke (termini technici) zu verstehen seien, ist deswegen nicht nach Massgabe der im internen Staate bestehenden Auslegungsmittel festzustellen. Die Konventionen stehen auf eigenen Füssen. Wollte man nicht so vorgehen, so würde das hier vorliegende überstaatliche Recht zu einem partikularen Recht degradiert, inhaltlich national denaturiert und endlich auch zersplittert. Wie die Staaten untereinander gleich berechtigt sind, so hat bei der Auslegung kein Gesetz eines Staates ein Prioritätsrecht zu beanspruchen.

2. Allerdings wäre es im höchsten Grade wünschenswert, wenn den Konventionen erklärende Schlussprotokolle beigefügt würden, durch welche die von ihnen verwendeten Begriffe erläutert und präzisiert würden. Man denke hier z. B. an den Begriff der Trennung von Tisch und Bett, an den der Vormundschaft usw. (Vgl. § 34, 51)

3. Der Zweck, der mit den Konventionen verfolgt wird, der Umfang der Aufgaben, die sie sich setzen, ist selbständig zu erfassen. Dabei können mit Nutzen verwendet werden:

a) die Kommissionsberichte,

b) die Diskussionen in den Plenarversammlungen,

c) die weiteren Materialien. Hierbei können auch die Denkschriften, Botschaften usw. der internen Regierungen von Bedeutung werden, obschon es sich hier um partikuläre Erkenntnisquellen handelt.

Die Berichte der Haager Konferenzen sind für die Interpretation sehr wichtig, denn sie sind von den einzelnen Mitgliedern jeweilen genau geprüft, vereinbart und genehmigt worden. Überdies wurden sie jeweilen auch dem Plenum unterbreitet und von ihm wenigstens in grossen Zügen genehmigt.

Den Verhandlungsprotokollen kommt für die Interpretation nicht die gleiche Bedeutung zu. Die Konferenzteilnehmer waren sich hierüber selbst vollständig klar. Es ist z. B. zu verweisen auf Actes 1894, Seite 38. Der Berichterstatter der Kommission, die sich mit der Methode der Protokollierung zu befassen hatte, spricht sich dort folgendermassen aus:

> Nos procès-verbaux sont analytiques. Ils donnent le texte des propositions faites et des résolutions prises. Ils cherchent, en outre, à donner la substance des observations présentées. C'est là qu'ils sont forcément incomplets et incorrects. Il est très difficile, sinon impossible, dans une réunion comme celle-ci, de saisir au vol la portée exacte de toutes les paroles pronocées et les résumer à l'instant dans une formule concise. Il ne faut pas oublier non plus que la plupart d'entre nous parle une langue qui ne leur est pas usuelle et qu'ainsi leurs improvisations sont, en général, très brèves et bien souvent d'une forme qui n'est pas adéquate à la pensée. Les secrétaires ne saisissent donc pas tout ce que dit ou veut dire un orateur ou le saisissent inexactement. Cela arrive surtout quand la discussion tourne au colloque. Le résultat c'est un procès-verbal intermittant, qui ne reproduit que quelques traits épars de la physionomie du débat, qui y laisse des trous. L'importance respective des observations et leur lien échappent. Le développement de la discussion devient difficile à apprécier.

III. *Es darf bei der Interpretation nicht übersehen werden, dass die Konventionen aus dem grossen Gebiete des internationalen Rechtes nur gewisse spezielle Materien herausgreifen.*

1. Während das in einem Gesetzbuch befolgte System als solches eine unerschöpfliche Quelle von Rechtssätzen ist, muss man sich bei den Konventionen in dieser Beziehung sehr in acht nehmen. Diese heben nur einzelne Fälle heraus, über die man sich einigen konnte. Renault sagt sehr richtig (Actes 1900, S. 167):

> Notre projet est une *œuvre de transaction*, ce qui fait, qu'il peut être facilement critiqué si on se place, soit au point de vue scientifique, soit au point de vue d'un pays déterminé. Le théoricien trouvera que les principes posés comportent de trop graves exceptions ou restrictions, qu'il y a des inconséquences un peu singulières; le jurisconsulte de tel pays estimera que les dispositions de sa législation ont été trop facilement écartées au profit d'une loi étrangère. Nous nous sommes placés sur un terrain tout pratique....... Nous avons demandé aux diverses législations les sacrifices nécessaires.......

2. Die Analogie ist ein nie versiegender Born der Rechtsprechung. Aus der Betrachtung heraus, dass in der Gesetzgebung gewisse Fälle eine bestimmte Regelung erfahren, folgt, dass andere wesensgleiche Fälle ebenso entschieden werden müssen. Wenn das schweizerische Z.-G.-B. in Art. 1 dem Richter die Anweisung gibt, eventuell so zu entscheiden, wie wenn er Gesetzgeber wäre, so wird auch hier in erster Linie auf die Analogie abgestellt werden müssen. Bei den Konventionen ist mangels eines systematischen Aufbaus dieser Schluss ein sehr gewagter. Ja, man wird geradezu sagen dürfen, dass die Analogie hier ausgeschlossen sei.

3. Aus dem gleichen Grunde muss auch die Aufstellung allgemeiner Prinzipien mit grosser Vorsicht erfolgen, denn der Zweck der Konventionen war in erster Linie auf die Regelung einzelner, im praktischen Leben dringender Fälle gerichtet.

IV. *Eine andere Frage ist, ob und inwieweit die von den Konventionen aufgestellten Normen auf das interne internationale Privatrecht einwirken.*

1. Die in den Konventionen aufgestellten Grundsätze des internationalen Privatrechts gelten natürlich zunächst und formell nur für die Konventionsstaaten unter den in jeder einzelnen Übereinkunft statuierten sachlichen und persönlichen Voraussetzungen. Aber es liegt in der Natur der Rechtsentwicklung, dass diese Grundsätze eine Expansionstendenz zeigen und allmählich auch auf solche Ausländer Anwendung finden werden, die keinem Konventionsstaat angehören. Dies wird umso eher der Fall sein, als auf keinem Rechtsgebiete so sehr als auf dem des internationalen Privatrechts genügende positive Normen fehlen und der Richter nirgends so sehr wie hier genötigt ist, der „bewährten Lehre und Überlieferung" (Art. 1 Z.-G.-B.) zu folgen. Worin sollte sich aber die „Bewährung" einer Lehre besser manifestieren, als darin, dass sie durch gemeinsame Vereinbarung einer grossen Staatenunion zum positiven Rechtssatz erhoben wird?

2. So hat z. B. das Tribunal de district von Lausanne in einem Fall, wo ein naturalisierter Schweizer und ehemaliger Russe auf Ehescheidung klagte, gestützt auf Tatsachen, die sich ereignet hatten, während die Eheleute noch die russische Staatsangehörigkeit besassen, erklärt: Russland gehöre zwar der Ehescheidungskonvention nicht an, trotzdem müsse deren Artikel 4 analog angewandt werden, wonach das zur Zeit der Klageerhebung geltende Heimatsrecht nicht angerufen werden könne, um einer Tatsache die Wirkung eines Scheidungsgrundes zu verleihen, die sich ereignet hat, während die Ehegatten einem anderen Staate angehörten. (Vgl. unten § 40)

Das Bundesgericht hat zwar diese Interpretation zurückgewiesen. Es erklärt (A. S. XXXIII, 2, S. 12, Erw. 2):

> Il ne peut pas davantage être question d'appliquer le dit article par analogie, comme a cru pouvoir le faire l'instance cantonale. Il est bien évident qu'il n'y a aucun argument par analogie à tirer de la Convention de la Haye pour l'interprétation de la loi fédérale de 1874, antérieure de près de 30 ans à cet acte.

Die Opposition des Bundesgerichtes ist also keine grundsätzliche, sondern sie stützt sich auf die historische Interpretation des Z. E.-G. und die sich daran anschliessende und bereits konstant gewordene Praxis. Jedenfalls wird die den Konventionssätzen immanente Ausdehnungstendenz nach und nach doch zum Durchbruch gelangen.

3. In einzelnen Fragen haben die Konventionen auf die positive Gestaltung des internationalen Privatrechts im neuen schweizerischen Z.-G.-B. bereits eingewirkt. (Vgl. unten §§ 33, 46)

V. *Zurzeit besteht keine richterliche Garantie für eine gleichmässige Auslegung der Konventionen in den einzelnen Staaten.*

Ähnlich, wie im internen Privatrecht eine wirkliche Einheit nur dann garantiert wird, wenn ein oberster Gerichtshof über die Auslegung wacht, so ist es auch bei den Konventionen nötig, dass ein überstaatlicher Gerichtshof (oder Oberappellationshof) geschaffen wird. Im Tempo der Geschichte wird dieses Ideal zweifellos erreicht werden.

Anmerkungen.

1. Ph. Zorn erhob in seiner Rede: Das Deutsche Reich und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, einen Mahnruf, indem er betonte, die Juristen des internationalen Privatrechtes sollten nunmehr das Wort ergreifen und speziell auch für einen einheitlichen internationalen Gerichtshof zur Entscheidung der daraus hervorgehenden Streitigkeiten eintreten. (Vgl. Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, 1910, S. 1557/8.) Die Abhandlung wurde auch separat in der schon zitierten Broschüre herausgegeben. Vielleicht ist es gestattet, darauf hinzuweisen, dass einzelne Juristen schon vor zwanzig Jahren das Wort in dem angegebenen Sinne ergriffen haben. Vgl. Meili in Z. Böhm-Niemeyer, I, S. 21, 22; ferner Handbuch I, S. 17, und neuestens wieder Meili, Die völkerrechtliche Unzulässigkeit von Zivilklagen und Pfändungen gegen einen auswärtigen Staat. Ein Rechtsgutachten erstattet in Sachen Hellfeld im Auftrage der kaiserlich russischen Regierung, abgedruckt in Z. für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht IV, S. 352 bis 428, speziell S. 423. Die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft nahmen den dort entwickelten Gedanken auf und machten eine Eingabe an den deutschen Reichskanzler. Diese Eingabe ist zitiert in der Z. Böhm-Niemeyer XX, S. 594. Vgl. neuestens auch Meili, Praktische Erprobung der Schiedsgerichtsidee und des deutsch-englischen Schiedsgerichtsvertrages an den deutschen Forderungen aus dem Burenkriege. (Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, 1911, V S. 193.)

2. Vgl. auch Scialoja in Rivista di diritto internazionale, IV, S. 3—7: Per l'istituzione di tribunali internazionali.

§ 14. Die Ausführung der Konventionen in den einzelnen Staaten.

I. *Wie für die international gleiche Auslegung und Anwendung der Konventionen bisher keine Garantie besteht, so ist dies auch der Fall in jedem einzelnen Staate, sofern nicht spezielle Einführungs- bezw. Ausführungsverordnungen erlassen werden.*

Die einzelnen Staaten könnten z. B. in folgender Weise ordnend eingreifen:

1. die internen Behörden über den materiellen Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechtes zuverlässig informieren.

2. in zweifelhaften Fällen das Ineinandergreifen internen und ausländischen Rechtes feststellen, z. B. was alles unter dem Begriff der Vormundschaft zu verstehen ist, die sich nach dem Heimatrecht des Minderjährigen richtet.

3. in denjenigen Fällen, in welchen die Konventionen eine Permissivnorm zulassen, dieselbe für die internen Behörden in verbindlicher Weise fixieren.

Speziell auf dem Gebiete der Vormundschaftskonvention bietet sich für diese ausführende Verordnungstätigkeit des internen Gesetzgebers ein grosses Feld. (Vgl. § 62)

II. *Speziell in der Schweiz sind besondere Einführungs- oder Ausführungsgesetze zu den Konventionen nicht erlassen worden, weder vom Bund noch von den Kantonen.*

1. Immerhin ist auf die Botschaften des Bundesrats zu verweisen, und zwar diejenigen zur Zivilprozesskonvention in alter und revidierter Fassung vom 6. April 1898 und 1. Dezember 1908 (B.-B. 1898, II, S. 756 ff.,1908, VI, S. 129 ff.) und diejenige zu den drei Familienrechtskonventionen vom 18. November 1904 (B.-B. 1904, V, S. 869 ff.).

Überdies hat es der Bundesrat auf dem Wege von Kreisschreiben an sämtliche Kantonsregierungen unternommen, den Inhalt der Konventionen und speziell deren Einwirkung auf das bestehende schweizerische Recht den beteiligten Kreisen näher zu bringen.

1. Es handelt sich hier um folgende Kreisschreiben:

a) Kreisschreiben betreffend die Eheschliessungskonvention vom 7. September 1905 (B.-B. 1905, V, S. 153 ff.).

b) Kreisschreiben betreffend die Ehefähigkeitszeugnisse vom 8. Januar 1906 (B.-B. 1906, I, S. 135 ff.).

c) Kreisschreiben betreffend Ehefähigkeitszeugnisse für Schwedische Staatsangehörige vom 6. Juni 1910 (B.-B. 1910, IV, S. 122 ff.).

d) I. Kreisschreiben betreffend die Scheidungs- und Vormundschaftskonvention vom 5. März 1907 (B.-B. 1907, I, S. 908 ff.).

e) II. Kreisschreiben betreffend die gleichen Konventionen vom 1. Juli 1907 (B.-B. 1907, IV, S. 586 ff.).

f) III. Kreisschreiben betreffend die gleichen Konventionen vom 14. August 1908 (B.-B. 1908, IV, S. 628 ff.).

Diese Kreisschreiben sind vom Bundesrat erlassen worden, und zwar in seiner Stellung als Behörde, welche die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse zu vollziehen und auch die auswärtigen Angelegenheiten zu besorgen hat (B.-V. Art. 102, Ziff. 5 und 8).

2. Was nun die rechtliche Bedeutung dieser Kreisschreiben anbetrifft, so sind verschiedene Bestandteile derselben zu unterscheiden.

a) Es werden *rein informatorische* Mitteilungen gemacht. Z. B. es werden die Behörden aufgezählt, die zur Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen kompetent sind. Diese Mitteilungen sind für *alle* Behörden im Bereiche der schweizerischen Eidgenossenschaft verbindlich, sofern sie der Bundesrat auf Grund *amtlicher* Notifikationen erlässt, die ihm seinerseits von den Regierungen der Konventionsstaaten zugestellt worden sind. Bei den Aufzählungen der eben erwähnten Behörden ist dies der Fall (Kreisschreiben vom 8. Januar 1906).

Handelt es sich dagegen um Mitteilungen, die nicht auf amtlichen Notifikationen der auswärtigen Regierungen beruhen, sondern mehr oder weniger auf rechtsvergleichenden Nachforschungen des Bundesrates selbst, so kommt ihnen keine grössere Verbindlichkeit zu als wissenschaftlichen Zusammenstellungen, die von anderer Seite ausgehen. Dies trifft z. B. für die tabellarische Zusammenstellung der Gründe für Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett in verschiedenen Konventionsstaaten zu, welche dem Kreisschreiben vom 5. März 1907 beigefügt ist. So teilt z. B. der Bundesrat in seinem Kreisschreiben vom 1. Juli 1907 (B.-B. 1907, IV, S. 586) mit, die italienische Regierung habe in der auf die Anfragen des Bundesrates bezüglich des italienischen Rechtes

erteilten Antwort ausdrücklich betont, dass sie die an sie gestellten Fragen nicht in verbindlicher Weise beantworten könne, indem dies allein den Gerichten zustehe; ihre Antworten seien daher blosse Meinungsäusserungen.

b) Handelt es sich dagegen nicht um rein informatorische Mitteilungen, sondern um eigentliche *Anweisungen* an die Behörden bezüglich der Anwendung bezw. Interpretation der Konventionen, so sind dieselben weder für Administrativbehörden noch für Gerichte verbindlich. Man könnte zunächst vielleicht meinen, der Bundesrat sei oberste Aufsichtsbehörde über die eidgenössische bezw. diejenigen Zweige der kantonalen Verwaltung, die seiner Aufsicht unterstellt sind (Art. 102, Ziff. 13 und 15 B.-V.), und es könnten daher seine Anweisungen Verbindlichkeit mindestens für diejenigen Behörden beanspruchen, denen er kraft seines Oberaufsichtsrechtes Instruktionen zu erteilen befugt sei. In der Hauptsache kämen hier — auf dem Rechtsgebiete der Konventionen — freilich nur die Zivilstandsbeamten in Betracht. Diese Argumentation trifft jedoch nicht zu. Einmal macht der Bundesrat seine Ausführungen in den Kreisschreiben gar nicht als Oberaufsichtsbehörde, sondern als allgemeines oberstes Regierungsorgan. Sodann kann die gleiche Frage bald für eine Verwaltungsbehörde, z. B. für das Zivilstandsamt beim Abschluss einer Ehe, bald für den Richter, z. B. bei Beurteilung der Nichtigkeit einer Ehe von praktischer Bedeutung werden. Es würde das Rechtsgefühl verletzen, wenn sie bald so, bald anders entschieden werden müsste, je nachdem die Anweisung des Bundesrates für den Zivilstandsbeamten verbindlich wäre, für den Richter aber nicht.

Es kann also eine solche Verbindlichkeit weder für die Verwaltungsbehörden, noch für die Gerichte anerkannt werden. Diese sind in der Auslegung und Anwendung der Konventionen völlig frei und nicht an irgendwelche Interpretation des Bundesrates, der eben der Charakter einer authentischen nicht zukommt, gebunden. Ein Beispiel einer unrichtigen Interpretation der Eheschliessungskonvention durch den Bundesrat wird unten § 22, II, 4 in f., erwähnt.

Anmerkungen.

1. Czyhlarz, Die Haager Ehekonventionen und das österreichische Recht, S. 60, teilt einen österreichischen Gesetzentwurf mit, wodurch anlässlich des Inkrafttretens der am 12. Juni 1902 im Haag unterzeichneten internationalen Übereinkommen ergänzende Bestimmungen getroffen wurden. Derselbe lautet:

Mit Zustimmung der beiden Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen, wie folgt:

A. Ergänzende Bestimmungen zum Übereinkommen zur Regelung der Gesetzeskollisionen in Ehesachen.

§ 1.

Eine Ehe zwischen Ausländern, die gemäss Artikel 1 des Übereinkommens zur Regelung der Gesetzeskollisionen in Ehesachen zulässig wäre, jedoch mit den Bestimmungen der österreichischen Gesetze über die im ersten und letzten Absatze des Artikels 2 dieses Übereinkommens bezeichneten Ehehindernisse im Widerspruche stünde, darf vor inländischen Trauungsorganen nicht geschlossen werden.

Die Verletzung dieses Verbotes hat, soweit eines der im letzten Absatze des Artikels 2 erwähnten Ehehindernisse in Frage kommt, für den Bereich des Inlandes die Ungültigkeit der geschlossenen Ehe zur Folge.

§ 2.

Diplomatische und Konsularfunktionäre der ausländischen Vertragsstaaten können Eheschliessungen zwischen Angehörigen dieser Staaten im Inlande nur dann gültig vornehmen, wenn durch ein Zeugnis der zuständigen politischen Behörde bescheinigt ist, dass die beabsichtigte Eheschliessung wegen eines Hindernisses der im letzten Absatze des Artikels 2 des obigen Übereinkommens bezeichneten Art vor inländischen Trauungsorganen nicht stattfinden kann.

Zuständig zur Ausstellung des erwähnten Zeugnisses ist die politische Behörde erster Instanz des Aufenthaltsortes eines der beiden Ausländer.

B. Ergänzende Bestimmungen zum Übereinkommen zur Regelung der Gesetzes- und Gerichtsbarkeitskollisionen in Angelegenheiten der Ehetrennung und der Scheidung von Tisch und Bett.

§ 3.

Über ein Begehren österreichischer Staatsangehöriger um Ehetrennung oder um Scheidung von Tisch und Bett zu erkennen, sind ausschliesslich die österreichischen Gerichte berufen.

§ 4.

Erlangt ein Ehemann, der bis dahin österreichischer Staatsbürger war, die Aufnahme in einen auswärtigen Staatsverband, so bleibt diese für die Ehefrau ohne Wirkung, wenn sie dem Ansuchen um Erwerb der Staatsbürgerschaft nicht beigetreten ist.

2. Es wird der Gedanke erwogen werden müssen, ob es nicht in Zukunft nötig ist, auch in der Schweiz für die Vorbereitung und Prüfung der Materialien und die Beurteilung der Vertragsentwürfe eine Spezial-Kommission zu errichten. Die Niederlande und Belgien sind in dieser Beziehung vorangegangen. Dort besteht eine commission royale pour le droit international privé, hier eine commission r. permanente de droit international privé. Dann wird es auch leichter möglich sein, Postulate durchzusetzen, die bisher nur in der Form nachträglicher Kritik geltend gemacht werden konnten.

3. Entsprechend den vom schweizerischen Bundesrat erlassenen Botschaften zur Einführung der Konventionen sind auch in anderen Staaten von den Zentralbehörden gewisse Kundgebungen ergangen, die dem gleichen Zweck dienen sollen. Es ist hier z. B. zu verweisen:

a) auf Deutschland. Hier ist zu erwähnen die Denkschrift des deutschen Reichskanzlers an den Reichstag vom 18. April 1904 betreffend die Eheschliessungs-, Ehescheidungs- und Vormundschaftskonventionen, abgedruckt in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XIV, S. 507 ff.; ferner die Denkschrift des Reichskanzlers betreffend die Konventionen über die Wirkungen der Ehe und über die Entmündigung, abgedruckt in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XVIII, S. 578 ff.

b) auf Ungarn. Es ist hier zu erwähnen der Motivenbericht der ungarischen Regierung zu den drei Familienrechtskonventionen, in seinem wesentlichen Inhalt abgedruckt in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XVIII, S. 84—106, S. 364—398. Ferner ist zu erwähnen ein Dekret des ungarischen Justizministers vom 26. April 1909 betreffend die Einführung der Zivilprozesskonvention von 1905 in Ungarn.

4. Im übrigen kann nur auf die Literatur verwiesen werden.

§ 15. Die Stellung der obersten Staatengerichte zu den Haager Konventionen.

Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 144 ff.
Meili, Die moderne Fortbildung des internationalen Privatrechts (Zürich 1909).
P. Klein, Die Revisibilität des internationalen Privatrechts, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XIII, S. 353.

I. *Nach der richtigen Auffassung haben die obersten Gerichte auch darüber zu entscheiden, ob das in bestimmten Fällen anwendbare fremde Privatrecht richtig angewendet worden sei.*

1. Verschiedene europäische Gerichtshöfe unterscheiden hinsichtlich des internationalen Privatrechts:

a) die rein formalen Kollisionsnormen, durch welche die Herrschaft der Gesetze in abstracto abgegrenzt wird. Hier nehmen

die erwähnten Gerichte an, sie seien kompetent, darüber zu entscheiden, ob fremdes oder internes Privatrecht anzuwenden sei.

b) den materiellen Inhalt des Gesetzes, wenn das Recht des Auslandes in Frage liegt. Hier lehnen es diese Gerichte ab, zu prüfen, ob das auswärtige Privatrecht materiell richtig ausgelegt und angewandt worden sei.

Es ist in dieser Beziehung speziell hinzuweisen auf die Praxis des Deutschen Reichsgerichts und des Schweizerischen Bundesgerichts. Man berief sich für diese Auffassung auf die Vorschriften:

a) des § 549 D. Z.-P.-O. Derselbe bestimmt:

> Die Revision darf nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinauserstreckt, beruhe.

b) des Art. 57 des B.-G. betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege von 1893. Derselbe bestimmt:

> Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichtes auf einer Verletzung des Bundesrechts beruhe.
>
> Das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einem eidgenössischen Gesetze ausdrücklich ausgesprochener oder aus demselben sich ergebender Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

2. Die erwähnte Auffassung ist jedoch unhaltbar. Neben einzelnen Grundsätzen allgemeiner Art besteht das internationale Privatrecht keineswegs bloss aus der abstrakten Ordnung der räumlichen Herrschaft bestimmter Gesetze. Der interne Gesetzgeber will mit den Kollisionsnormen naturgemäss auch dafür sorgen, dass die internationalen Rechtsfragen *materiell richtig* entschieden werden. Er gibt denn auch das materiell anwendbare Recht an, nur geschieht es nicht in gleicher Weise wie im internen Privatrecht, sondern vermittelst einer Formel oder eines Schemas. Es wird nämlich erklärt, dass auf gewisse Vorgänge das Recht der Nationalität, das des Domizils oder dasjenige beider Staaten usw. anzuwenden sei. Indem der interne Gesetzgeber diese Art des Vorgehens, das einem juristischen Steno-

gramm vergleichbar ist, wählt, verlangt er aber gleichwohl, dass das darin etwas versteckt gehaltene materielle Privatrecht auch *richtig* angewendet werden müsse. Die Kollisionsnorm, wenn sie auf auswärtiges Privatrecht abstellt, enthält nicht nur den Imperativ an den Richter, das fremde Recht anzuwenden, sondern auch, es *richtig* anzuwenden. Gehört aber ein derartiger Befehl zum Gesetzesinhalt, so ist klar, dass auch die Nichtanwendung, bezw. die unrichtige Anwendung des *auswärtigen* materiellen Rechtes eine die Revision bezw. die Berufung rechtfertigende Verletzung von Reichs- bezw. Bundesrecht bildet.

II. *Allerdings hat sich das Bundesgericht gerade bezüglich des in den Haager Konventionen und speziell in der Scheidungskonvention statuierten internationalen Privatrechts auf den hier entwickelten Standpunkt gestellt. Immerhin sucht es den Zusammenhang mit der bisherigen Praxis dadurch zu wahren, dass es erklärt, speziell die Vorschriften der Art. 1 und 2 der Ehescheidungskonvention seien nicht sowohl Kollisionsnormen, Normen des internationalen Privatrechts, sondern internationale materielle Rechtsnormen.*

1. Es ist hier auf folgende Entscheidungen zu verweisen:

a) A. S. XXXIII 2, S. 3, Erw. 4. Hier heisst es im Anschlusse an § 1568 B.-G.-B.:

> Was die letztere Bestimmung des deutschen Rechtes betrifft, könnte es sich zunächst allerdings fragen, ob das Bundesgericht überhaupt kompetent sei, deren Auslegung und Anwendung nachzuprüfen. Dabei wäre zu untersuchen, welche Bedeutung den Normen der internationalen Übereinkunft betreffend Ehescheidungsrecht, welche als vom Bunde abgeschlossener Staatsvertrag zweifellos den internen Akten der Bundesgesetzgebung gleichzuhalten ist und somit, zufolge ihres zivilrechtlichen Inhalts, in ihrer Anwendung der Kognition des Bundesgerichts als Prüfungsinstanz untersteht (vgl. die Botschaft zum geltenden O.-G.: B.-B. 1892, II S. 335/36), hinsichtlich ihrer Verweisung auf das ausländische Recht zukommt. Insbesondere wäre zu prüfen, ob durch den in Rede stehenden Art. 2 der Übereinkunft die organisationsgesetzliche Kompetenzbeschränkung des Berufungsrichters auf die Nachprüfung der Anwendung des Bundesrechts

> (Art. 57 O.-G.) in dem Sinne erweitert worden ist, dass hier auch die Nachprüfung des neben dem schweizerischen anzuwendenden ausländischen Rechtes als Bestandteil der Nachprüfung der Anwendung jenes Artikels der Übereinkunft als solchen in seine Kompetenz fällt. *Doch mag diese Frage vorliegend ausdrücklich dahin gestellt bleiben,* da der Entscheid des kantonalen Richters im fraglichen Punkte als offenbar zutreffend erscheint.

Hier wird allerdings die Frage noch offen gelassen.

b) A. S. XXXIII 2, S. 483, Erw. 2. Hier wird unter Verweisung auf die Konvention über Ehescheidung gesagt:

> Danach ist der Domizilrichter verhalten, die Zulässigkeit der Scheidung nicht etwa allein nach seinem Recht oder nach dem Heimatrecht der Ehegatten zu beurteilen, sondern diese Rechte erscheinen in eigenartiger Weise dahin kombiniert, dass die Scheidungsvoraussetzungen beider zusammen einen *besonderen internationalen Scheidungsgrund* im Sinne der Übereinkunft bilden. Art. 2 der letzteren ist daher nicht sowohl eine Vorschrift des internationalen Privatrechts, die über das anzuwendende Recht bestimmen würde, sondern eine zwischenstaatliche *materielle* Rechtsnorm. Der Domizilrichter, bei dem eine Scheidungsklage auswärtiger Ehegatten angebracht ist, wendet bei der Frage nach der Zulässigkeit der Scheidung nicht gleichzeitig die beiden nationalen Rechte an, was bei derer häufiger Nichtübereinstimmung schon praktisch vielfach gar nicht möglich wäre, sondern er wendet eine internationale Scheidungsnorm an, und die Scheidungsvoraussetzungen nach Domizil- und Heimatrecht, auf die Art. 2 zugleich verweist, kommen dabei nicht als nationales Recht, sondern als Bestandteil einer internationalen Rechtsnorm in Betracht. Hieraus folgt aber, dass das Recht des Heimatstaates der Ehegatten, auf das der kantonale Richter mit abgestellt hat, sich nicht als ausländisches Recht im Sinne des Art. 83 O.-G. darstellt und dass daher die Kognition des Bundesgerichts als Berufungsinstanz sich auch darauf erstreckt, ob die Voraussetzungen der Scheidung nach dem heimatlichen Recht gegeben sind (vgl. oben S. 4, wo diese Frage noch offen gelassen wurde).

c) A. S. XXXV 2, S. 401, Erw. 3. Das Bundesgericht führt hier aus:

> Cette disposition (Art. 2) apparaît comme *une cause spéciale et internationale de divorce.* Il ne s'agit point dès lors, en ce qui a trait à l'examen de la possibilité de divorce au regard de la loi d'origine des époux étrangers, d'une application du droit étranger soustraite au contrôle du Tribunal fédéral, mais bien de l'application d'un droit conventionnel international, qui présente pour le tribunal de céans le caractère de droit fédéral, soumis à sa cognition.

d) A. S. XXXV 1, S. 415, Erw. 3. Es wird hier gesagt:

> Ora, secondo la giurisprudenza costante di questa Corte, devonsi le norme sancite in materia civile in trattati internazionali, in ispecie quelle contenute nella Convenzione internazionale dell' Aia del 12 giugno 1902, considerarsi indubbiamente come parti integranti del diritto federale, e ciò tanto nel caso, che non è qui il caso di discutere, che si vogliano le stesse riguardare come aventi carattere di vere e proprie disposizioni materiali di diritto interno, come al pronunciato del Tribunale federale, racc. uff. vol. 33 II, pag. 483, quanto nel caso che non si attribuisca loro se non un carattere di norme internazionali, destinate ad appianire i conflitti che potrebbero insorgere dall'applicazione unilaterale del diritto interno od attinenti di un altro Stato. Tanto nell'uno, quanto nell'altro caso, le norme contenute nella Convenzione internazionale dell'Aia, in ispecie quelle dell'art. 8, sono da considerarsi non come regole defluenti da un diritto estero e quindi non soggette al giudicato di questa Corte, a sensi dell' art. 56 L. O., ma come regole di diritto internazionale, accettate e promulgate dalle competenti autorità federali e quindi da equipararsi nella loro portata e valore giuridico e territoriale alle altre norme legislative ammesse dai poteri federali. Come il Tribunale federale ebbe già a dichiarare a più riprese, nessun dubbio venne mai proposto a riguardo dell'applicazione dell'art. 56 L. O. per ciò che concerne le convenzioni internazionali sulla protezione della proprietà industriale, letteraria od artistica. La possibilità di un appello

non venne mai contestata per cause di tal genere. Ora lo stesso valore deve anche attribuirsi alla Convenzione dell' Aia regolante i conflitti in materia di matrimonio (ved. in questo senso anche il messaggio del Consiglio federale, p. 886).

e) In einem bisher noch nicht publizierten Entscheid vom 7. Dezember 1910 führt das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 2 der Ehescheidungskonvention aus:

Dabei fällt für die Abgrenzung der Kompetenz des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz in Betracht, dass es sich hier, genau genommen, nicht um die gleichzeitige Anwendung zweier verschiedener Gesetzgebungen (der schweizerischen und der ausländischen) handelt, was einen Widerspruch in sich selbst bedeuten würde, sondern vielmehr (vgl. A. S. 33, 2, S. 483 Em. 2) um die Anwendung einer besonderen, auf einer *Kombination* der Standpunkte beider Gesetzgebungen beruhenden *zwischenstaatlichen* (internationalen) *Norm*, die als Teil eines von der Schweiz abgeschlossenen Staatsvertrages unter den Begriff des *eidgenössischen* Rechtes, wie er den Art. 56 ff. O.-G. zugrunde liegt, zu subsumieren ist. In diesem Sinne hat daher das Bundesgericht bei der Behandlung des vorliegenden Falles u. a. auch die Frage zu überprüfen, ob einer der vom französischen Code civil anerkannten Scheidungsgründe vorhanden sei . . .

2. Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen (Bern 1908), S. 22, wendet sich gegen diese Auffassung des Bundesgerichtes. Nach ihm hat das Bundesgericht lediglich die richtige Anwendung der eigentlichen *Kollisions*normen und des materiellen *schweizerischen* Rechtes nachzuprüfen, nicht dagegen diejenige des nach den Konventionen anwendbaren materiellen ausländischen Rechtes. Der erwähnte Jurist meint, es bestehe kein Grund, aus dem das Bundesgericht eine solch ausdehnende Kompetenz gegenüber dem O.-G. herleiten könne; die Bestimmungen des letzteren, speziell Art. 57 und 83, seien durch die Konventionen nicht im geringsten betroffen worden, auch nicht implicite. Durch die Verweisung der Konventionen auf ausländisches Recht werde für dieses nicht eine eidgenössische Rechtsquelle geschaffen. Dies habe frei-

lich eine Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes bei Ehescheidung von Ausländern zur Folge; aber ein Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung von ausländischem Recht bestehe doch wohl kaum.

Dieser Standpunkt beruht auf der oben (I) zurückgewiesenen, zu engen Auffassung des internationalen Privatrechts. Es ist nur zu begrüssen, dass das Bundesgericht sie wenigstens bezüglich der Haager Konventionen verlassen hat. Aber die Konsequenz fordert, dass die sonstigen Vorschriften des internationalen Privatrechts ebenso behandelt werden, wie die von den Haager Konventionen aufgestellten. Die materielle Nachprüfung auch des auswärtigen materiellen Privatrechts ist denn auch die notwendigste und wichtigste revisio in jure, zu der die obersten Gerichtshöfe am ehesten befähigt sind.

3. In einem bisher noch nicht publizierten Entscheid (vgl. unten § 41, IV) hat das Bundesgericht auch die prozessualen Bestimmungen der Konventionen, z. B. Art. 5 der Eheschliessungskonvention, als Bundesrecht erklärt und daher grundsätzlich das Recht der Nachprüfung für sich in Anspruch genommen.

III. *In allen Fällen ist wegen Verletzung der Konventionen ein staatsrechtlicher Rekurs ans Bundesgericht zulässig.*

1. Nach Art. 175, Ziffer 3, O.-G. ist ein staatsrechtlicher Rekurs zulässig wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen. Es wird also in allen Fällen wegen Verletzung der Konventionen im Sinne dieser Bestimmung an das Bundesgericht rekurriert werden können.

2. Nach Art. 34 des B.-G. N. & A. bleiben die besonderen Bestimmungen der Staatsverträge vorbehalten, und nach Art. 38 des gleichen Gesetzes beurteilt das Bundesgericht nach dem für den staatsrechtlichen Rekurs vorgeschriebenen Verfahren Streitigkeiten, zu denen die Anwendung dieses Gesetzes Anlass geben kann. Es wird daher auch im Sinne dieser Bestimmungen wegen Verletzung der Konventionen an das Bundesgericht gelangt werden können, speziell in den Fällen, wo es sich um das Ineinandergreifen des B.-G. N. & A. und der Konventionen bezw. um die Ausserkraftsetzung des ersteren

handelt. Vgl. die Entscheidung des Bundesgerichts, A. E. XXXV, 1. Teil, S. 471 und unten § 47.

Anmerkung.

Im Gegensatz zu seiner Stellungnahme in der Ehescheidungskonvention hat das Bundesgericht in dem unter III erwähnten Entscheid, welcher die Vormundschaftskonvention betrifft, es neuerdings abgelehnt, die Anwendung fremden Rechtes nachzuprüfen. Es stand in jenem Falle eine Bestimmung des niederländischen Vormundschaftsrechtes in Frage. Allerdings handelte es sich damals nicht um eine Berufung, sondern um einen staatsrechtlichen Rekurs.

Spezieller Teil.

Die einzelnen Konventionen.

Erster Abschnitt.

Die Zivilrechtskonventionen.

A. Die Konvention betreffend die Eheschliessung.

Vorbemerkung.

Die Verhandlungen über die Eheschliessungskonvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien:

Vorentwurf; Programmentwurf	Actes 1893, p. 7, 9.
	Documents 1900, p. 4—17, 99—100, 106, 110—113, 124—126, 137—138, 142—144, 151, 153, 158, 161—165, 176, 178. 179.
	Actes 1900, p. 5—40, 41, 45—47, 53.
Bestellung der Kommission	Actes 1893, p. 32, 33.
	,, 1894, p. 16, 17.
	,, 1900, p. 83, 89.
Generaldiskussion	,, 1894, p. 33—37.
	,, 1900, p. 87, 88.
Bericht der Kommission	,, 1893, p. 45—49.
	,, 1894, p. 47—49.
	,, 1900, p. 167—179.
Anträge der Kommission	,, 1893, p. 49, 50.
	,, 1894, p. 49.
	,, 1900, p. 180, 181.
Erste Lesung	,, 1893, p. 39—43.
	,, 1894, p. 43—45.
	,, 1900, p. 160—165.
Anträge der Redaktionskommission . . .	,, 1893, p. 51, 52.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion . .	,, 1893, p. 52, 68—69.
	,, 1894, p. 95, 96.
	,, 1900, p. 222,223.
Bestimmungen des Schlussprotokolls . .	,, 1893, p. Pr. F. 1, 2.
	,, 1894, p. Pr. F. 1, 2.
	,, 1900, p. 237—239.

Es ist ferner zu verweisen auf Actes 1900, S. 5—40. Hier findet sich ein „Aperçu des dispositions législatives, en vigueur dans chacun des Etats représentés, par rapport aux prohibitions de contracter mariage", d. h. eine offizielle Darstellung der in den einzelnen, an der Konferenz von 1900 teilnehmenden Staaten, bestehenden Ehehindernisse.

§ 16. Der örtliche, sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Konvention.

I. *Der vorliegenden Konvention gehören zehn Staaten an.*

Diese Staaten sind folgende:

1. Deutschland 2. Belgien 3. Frankreich 4. Luxemburg 5. Niederlande 6. Rumänien 7. Schweden	Hinterlegung der Ratifikation im Haag am 1. Juni 1904.
8. Schweiz 9. Italien	Hinterlegung der Ratifikation am 17. Juli 1905. Vgl. O. S. N. F. XXI, S. 441, XXIII, S. 74.
10. Portugal	Hinterlegung der Ratifikation am 2. März 1907.

II. *Die Konvention gilt nur für die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten* (Art. 9).

Vgl. oben § 11.

III. *Die Anwendung der Konvention erfolgt im Konventionsgebiet nur bezüglich solcher Ehen, welche innerhalb desselben geschlossen sind.*

Der aufgestellte Satz bedarf keiner weiteren Erklärung. Auch ist es auf der andern Seite selbstverständlich, dass die Konvention nicht nur auf die Ehen anzuwenden ist, die geschlossen sind, sondern auch — und dies in erster Linie — auf solche, die geschlossen werden sollen.

IV. *Endlich besteht für die Anwendung der Konvention noch eine persönliche Voraussetzung.*

Von den Nupturienten der fraglichen Ehe muss mindestens einer Angehöriger eines der Konventionsstaaten sein, es genügt dies aber auch. Wenn also z. B. ein Franzose eine Engländerin in Deutschland heiraten will, so gelten auch hier die Regeln der Konvention, d. h. der Franzose wird nach französischem, die Engländerin nach engischem Recht beurteilt (Actes 1900, S. 178). Es sind also die Kolli-

sionsnormen des internen Rechtes, in Deutschland speziell die des deutschen Rechtes ausser Kurs gesetzt. Hiernach würde für die Engländerin das deutsche Recht massgebend sein; denn nach Art. 13, Abs. 1 E.-G. zum D. B. G.-B. würde für sie allerdings zunächst englisches Recht gelten, da aber das letztere auf dem Boden des Gesetzes des Eheschliessungsortes steht, so kommt gemäss dem in Art. 27 E.-G. sanktionierten Grundsatz der Verweisung deutsches Recht zur Anwendung.

V. *Soweit die Konvention eine Ordnung der Fragen über das Eherecht nicht vorgenommen hat, ist auf das partikuläre internationale Privatrecht zu verweisen.*

Anmerkung.

Im Kommentar von Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung von 1875, 4. Aufl. von Boschan (Berlin 1909), finden sich einzelne Bemerkungen über die Haager Konventionen betreffend die Ehe und Ehescheidung. Der Wortlaut der beiden Konventionen ist S. 367—370 abgedruckt.

§ 17. Die bestehenden Divergenzen des heutigen internationalen Eheschliessungsrechts.

Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht I, S. 275 ff.

I. *Das materielle Eheschliessungsrecht und speziell die Ehefähigkeit richten sich auf dem europäischen Kontinent regelmässig nach dem Personalstatut.*

In dieser Beziehung sind allerdings verschiedene Grade der Intensität der Geltung des Personalstatuts zu unterscheiden. Zur Illustration sei folgendes angeführt.

1. Als Personalstatut gilt die lex patriæ, und zwar die lex patriæ jedes der beiden Nupturienten. Am klarsten wird dieser Grundsatz vom *deutschen* Recht aufgestellt. Art. 13 E.-G. zum B. G.-B. bestimmt:

> Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem er angehört. Das gleiche gilt für Ausländer, die im Inlande eine Ehe eingehen.

Aber Art. 13 ist temperiert durch Art. 27. (Vgl. § 6)

2. Es gilt als Personalstatut die lex patriæ beider Nupturienten, und daneben werden kumulativ auch gewisse Ehehindernisse des Eheschliessungsstaates berücksichtigt. Auf diesem Standpunkt steht *Italien*. Art. 102 Cod. civ. bestimmt:

> La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle legge del paese a cui appartiene.
>
> Anche lo straniero però è soggetto agli impedimenti stabiliti nella sezione seconda del capo I di questo titolo (55 s).

Der Fremde, der sich in Italien verheiraten will, wird darnach bezüglich der Ehefähigkeit der lex patriæ unterstellt, allein er ist nach der zitierten Norm auch dem italienischen Rechte unterworfen. Fremde dürfen sich also z. B. in Italien nicht verheiraten, wenn sie auch das nach der lex patriæ erforderliche Alter haben, sofern sie das im italienischen Rechte fixierte Alter noch nicht besitzen.

3. Einen Kompromiss der Heimatrechte beider Nupturienten versucht *Ungarn* in dem Sinne, dass nur die lex patriæ des Bräutigams, nicht aber die der Braut unbeschränkt gelten soll, so wenigstens dann, wenn der Bräutigam Ungar ist. Art. 109 des ungarischen Ehegesetzes von 1894 bestimmt:

> Wenn ein ungarischer Staatsbürger männlichen Geschlechtes mit einer ausländischen Person weiblichen Geschlechtes, sei es im Ausland, sei es in Ungarn, eine Ehe schliesst, ist die Gültigkeit der Ehe mit Ausnahme des Alters und der Handlungsfähigkeit der Frau nach dem ungarischen Gesetze zu beurteilen.

Der ungarische Gesetzgeber geht davon aus, dass durch die Ehe eines Ungarn mit einer Ausländerin die letztere ungarische Staatsangehörige und eine ungarische Familie gegründet wird, daher für den ausländischen Staat, aus dessen Verband die Frau durch ihre Eheschliessung austritt, sowohl die Frau als auch die von ihr abstammende Familie verloren ist. Vgl. Actes 1900, S. 169, Documents 1900, S. 111.

4. In den skandinavischen Ländern Dänemark und Norwegen bildet nicht die Staatsangehörigkeit, sondern das Domizil das bestimmende Anknüpfungsmoment für das Personalstatut, speziell auch im Eheschliessungsrecht. Vgl. Actes 1900, S. 169.

5. Es ist auch — speziell in der Theorie — gesagt worden, es komme auf das Recht des Wohnsitzes des Ehemannes als des Hauptes der Ehe an, und weil das Rechtsverhältnis der Ehe an diesem Ort als am Eheort seinen Sitz habe. Vgl. Savigny, System VIII, S. 326, Gerber-Cosack, deutsches Privatrecht (17. Aufl.), § 23.

Indessen ist der Bräutigam vor Abschluss der Ehe noch nicht deren Haupt, und es hat die Ehe, bevor sie besteht, keinen Sitz. Die unverheiratete Frau ist gleichberechtigt mit dem Manne, und erst nach vollzogenem Eheabschluss tritt sie in das Rechtsgebiet des Ehemannes ein.

6. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass in den Staaten, wo die lex patriæ prinzipiell massgebend ist, ihre Herrschaft vielfach durchbrochen wird; denn nach dem heutigen Rechtszustand gilt jeder Staat als befugt, bei dem auf seinem Territorium erfolgenden Eheabschluss auch noch die Beobachtung der von ihm aufgestellten absolut zwingenden Normen, des sog. ordre public, zu verlangen (vgl. § 4).

II. *Auf einem ganz entgegengesetzten Boden steht das englisch-amerikanische Recht: die Ehefähigkeit richtet sich nach dem Recht des Ortes des Eheabschlusses.*

1. *In Nordamerika* wird das territoriale Recht in den Vordergrund gestellt; es wird gesagt, es bestehe ein allgemeines Menschenrecht auf die Ehe. Vgl. Wharton § 165. Wharton sucht hier diese Lösung mit der kontinental-europäischen Lehre über den Status in Einklang zu bringen, indem er sich auf den ordre public als die von der lex patriæ der Ausländer selbst anerkannte Schranke für die Anwendung auswärtigen Rechtes beruft:

> By the order of their states (Frankreich, Italien, Belgien) the personal law of foreigners does not operate when conflicting with territorial public order and good morals. And nothing so closely concerns public order and good morals as the conditions of the marriage tie.

Die nach der Gesetzgebung des Ortes des Eheabschlusses gültig eingegangene Ehe ist überall gültig; es kommt darnach nicht auf die lex patriæ oder die lex domicilii an. Auch ein agere in fraudem legis domesticae ist irrelevant. Vgl. Kent, Commentaries on American Law (12 ed. by Holmes), 1873, II, S. 92.

> As the law of marriage is a part of the jus gentium, the general rule undoubtedly is, that a marriage, valid or void by the law of the place where it is celebrated, is valid or void everywhere.

S. 93:

> The principle is, that in respect to marriage, the lex loci contractus prevails over the lex domicilii, as being the safer rule, and one dictated by just and enlightened views of international jurisprudence.

Ebenda:

> .... it was held that the marriage must be deemed valid, if it be valid according to the laws of the place where it was contracted, *notwithstanding the parties went into the other state with an intention to evade the laws of their own.* It was admitted that the doctrine was repugnant to the general principles of law relating to other contracts; but it was adopted in the case of marriage, on grounds of policy, with a view to prevent the public mischief and the disastrous consequences which would result from holding such marriages void.

2. Von ähnlichen Anschauungen geht auch das argentinische Gesetz über die Zivilehe aus.

Art. 2 bestimmt:

> La validité du mariage, auquel ne s'oppose aucun des empêchements prévus par les §§ 1, 2, 3, 5 et 6 de l'art. 9, sera jugée sur le territoire de la République d'après la loi du pays de célébration, *même si les futurs époux ont quitté leur domicile pour se soustraire aux conditions de forme édictées par la loi de ce domicile.*

3. Auch in England prävaliert der Gesichtspunkt des territorialen Rechtes, obschon seit 1877 das Recht des Domizils mehrfach betont wird. Vgl. *Westlake*, Treatise on private international law § 21. England ist schwankend geworden, als es sah, dass die nach englischem Recht untersagten Ehen zwischen einem englischen Witwer und seiner Schwägerin abgeschlossen wurden.

III. *Weitere Divergenzen entstehen aus den verschiedenen Formen der Eheschliessung.*

1. Es gibt Staaten, welche auf dem Boden der kirchlichen Ehe-

schliessungsformen stehen und verlangen, dass diese auch im Ausland beobachtet werden.

Hieher gehört namentlich Russland. Dieser Staat stellt die Vollziehung des religiösen Aktes der Trauung als ein wesentliches Erfordernis der Ehe hin. Dabei wird angenommen, dass diese Vorschrift durch eine Reise des russischen Untertanen in das Ausland ihre obligatorische Kraft und Bedeutung nicht verliere, dass sie vielmehr ihren obligatorischen Charakter nicht bloss in Russland, sondern auch jenseits der Grenze bewahre. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat zur Folge, dass die Gültigkeit und Gesetzmässigkeit der Ehe im nationalen Staate nicht anerkannt wird, auch wenn sie dem Gesetze des Staates gemäss vollzogen worden ist, in welchem der Eheschliessungsakt stattfand. Diese Anschauung wurde speziell in Russland in einem Urteil des Kriminalkassationsdepartements des dirigierenden Senats von 1889 ausgesprochen. Angesichts dieses in Russland geltenden Rechtszustandes werden Russen, die sich in der Schweiz zivilstandsamtlich trauen lassen, darauf aufmerksam gemacht, dass sie auch noch den Segen der russischen Kirche bezw. der für sie massgebenden religiösen Instanz einholen müssen, wenn sie Wert darauf legen, dass ihre Ehe auch in Russland anerkannt werde. Dabei hat die Schweiz ein Interesse, dass diese Formalität beobachtet werde, weil sonst eine Heimatlosigkeit der aus der Ehe hervorgehenden Kinder entstehen würde.

Österreich geht nicht so weit, wie Russland, obwohl auch es die kirchliche Eheschliessungsform aufstellt. Ist von österreichischen Staatsangehörigen die im ausländischen Staate, in welchem die Ehe abgeschlossen wird, verlangte Form beobachtet worden (z. B. die Zivileheform in der Schweiz), so ist die Ehe auch in Österreich rechtsgültig. Vgl. Vesque von Püttlingen, Handbuch des in Österreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, 2. Aufl., 1878, S. 66, 219 ff; Jettel, Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Österreichs, Ungarns usw., 1893, S. 40 ff; v. Schey, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich, 13. Aufl., 1889, Note 6 zu § 47 und die dort zitierten Ministerialerlasse.

2. In protestantischen Gebieten war man naturgemäss von freieren Ansichten beherrscht.

Wenn auch das protestantische Kirchenrecht vielfach die kirchliche Form der Eheschliessung verlangte, so hielt man doch daran fest, dass der kirchliche Akt nur als eine löbliche menschliche Ordnung anzusehen, dass aber eine göttliche Anordnung oder ein Dogma der Kirche nicht nachweisbar sei. Deswegen wurden z. B. in Deutschland schon sehr frühe (schon 1713) solche Ehen, welche nach dem Gebrauche des Staates, wo sie vollzogen wurden, ohne priesterliche Trauung geschlossen wurden, in einem andern protestantischen Staate, wo diese Trauung gesetzlich war, als rechtmässig anerkannt.

3. In einzelnen Staaten spielte hier auch die Frage einer fraudulösen Umgehung der internen Rechtsvorschriften eine gewisse Rolle. So bemerkt Kreittmayr in seinen Anmerkungen zum Codex Maximilianeus Bavaricus civilis I, cap. 6, § 5, No. 1 (1756):

> Die Vorschrift des Concilium Tridentinum über die priesterliche Copulation wird an Orten, wo das Concilium nicht recipiert ist, keineswegs attendiert, es sei denn, dass man nur in fraudem legis und in der Absicht, das Gebot zu illudieren, sich an einen solchen Ort sine animo habitandi begiebt.

4. In Preussen wurde schon vor Erlass des preussischen Landrechtes (1794) angenommen, dass der Satz locus regit actum auch auf die Form der Eheschliessung Anwendung finde.

Das preussische Landrecht stellte (I. Teil, 5. Titel, § 111) folgenden Satz auf:

> Die Form eines Vertrages ist nach den Gesetzen des Ortes, wo er geschlossen wurde, zu beurteilen.

Dieser Satz wurde auch für die Form der Eheschliessung angewendet, zumal das Gesetzbuch keine besondere anderweitige Bestimmung darüber gab, nach welchen Gesetzen die Form der Eingehung einer Ehe zu beurteilen sei.

Immerhin wurde später die Ansicht geltend gemacht, dass international die Vorschrift des preussischen Landrechts I. Teil, 2. Titel, § 136 zu beachten sei, der folgendes bestimmt:

> Eine vollgültige Ehe wird durch die priesterliche Trauung vollzogen.

Daran knüpfte Savigny an, indem er folgendes ausführte (System VIII, (S. 356/7):

> Für den Abschluss der Ehe wird allgemein angenommen, dass unsere Regel (locus regit actum) anzuwenden sei. Indessen scheint mir die Sache nicht ohne Bedenken. Wenn die Einwohner eines Landes, dessen Gesetz bloss juristische Formen zum Abschluss einer Ehe erfordert, im Ausland eine Ehe schliessen, so hat die Sache keinen Zweifel. Anders aber verhält es sich mit den Einwohnern eines Landes, dessen Gesetz die Ehe an die kirchliche Trauung bindet; denn ein solches Gesetz hat einen sittlich religiösen Grund, also einen zwingenden Charakter.

Allein die preussische Praxis trat dieser Ansicht nicht bei. So wurde in einer preussischen Rechtssache 1855 die Gültigkeit einer Ehe anerkannt, welche die Solotänzerin O. mit dem Grafen H. 1846 zu Gretna-Green in Schottland eingegangen hatte (Seufferts Archiv X, No. 122).

Anmerkungen.

1. Die vorstehenden Ausführungen sollen natürlich nicht eine erschöpfende Darstellung des gegenwärtigen internationalen Eheschliessungsrechtes geben, sondern nur die Mannigfaltigkeit der international-privatrechtlichen Normen auf diesem Rechtsgebiet illustrieren unter Hervorhebung der Punkte, wo die staatsvertragliche Regelung eingreifen musste.

2. Bei den Beratungen der zweiten Kommission des deutschen B. G.-B. war ein Antrag gestellt, nach welchem das Prinzip zugrunde gelegt werden sollte, dass die Eingehung der Ehe nach den Gesetzen des Staates beurteilt werde, dem der Ehemann angehört, und dass die Gesetze des Heimatstaats der Frau nur in betreff der Geschäftsfähigkeit und Ehemündigkeit derselben sowie in betreff der auf familienrechtlichen Verhältnissen beruhenden Ehehindernisse in Betracht zu ziehen seien, und dass insbesondere die Willensmängel lediglich nach den erstgedachten Gesetzen zu beurteilen seien (v. Bar, Theorie, Bd. 1, S. 452, 453). Die Kommission lehnte den Antrag ab und entschied sich für das dem Entwurf II, § 2245 zugrunde liegende Prinzip, weil man dieses für gerechter und zweckmässiger hielt. Man wird daher berechtigt sein, dieses Prinzip trotz der jetzt im Abs. 1 hinzugefügten Beschränkung als das der Auffassung der deutschen Gesetze entsprechende anzunehmen und es daher auch in den im Art. 13 nicht entschiedenen Fällen anzuwenden. Auf diesem Standpunkte steht auch der § 3 des Gesetzes vom 4. Mai 1870 betr. die Eheschliessung und die Beurkundung des Personenstandes. Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz VI, 3. Aufl. 1905, S. 48.

3. Über das in Italien geltende Eherecht vgl. Fr. Ricci, Corso teorico-pratico di diritto civile. Nuova ed. 1907, vol. I parte prima No. 109 ff., No. 188 ff.; No. 197.

4. Die von Italienern im Auslande abgeschlossene Ehe untersteht, soweit es sich um die Form handelt, dem Grundsatz locus regit actum. Vgl. Fr. Ricci a. a. O.

I, No. 254 ff. Ebenso können die Fremden in Italien eine rechtsgültige Ehe eingehen, wenn sie die in Italien aufgestellte Form beobachten. Vgl. a. a. O., No. 261.

§ 18. Das nach der Konvention massgebende Prinzip des nationalen Rechtes.

I. *Die Konvention stellt als Grundsatz auf, dass das Recht zur Eingehung der Ehe sich in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetze seines Heimatstaates bestimme.*

1. Von den verschiedenen in Geltung stehenden Systemen hat die Konvention gemäss der vorherrschenden Tendenz in Gesetzgebung und Wissenschaft grundsätzlich dasjenige der ausschliesslichen Geltung des nationalen Rechtes (der lex patriæ) der Nupturienten — immerhin mit dem Vorbehalt, der in § 20 unten besprochen wird — gewählt (Art. 1).

In Europa will man mit diesem massgebenden Prinzip eine Garantie schaffen dafür, dass die Ehegatten mit den internen Gesetzen kein Spiel treiben können, indem sie einfach sich momentan oder für länger unter eine andere Gesetzgebung stellen. So erklärt sich der an die Spitze der Konvention gestellte Satz. In dieser prinzipiellen Hauptfrage differiert die englisch-amerikanische Auffassung von der kontinental-europäischen; denn sie stellt auf das Gesetz des Domizils, ja sogar des blossen Aufenthaltsortes ab (vgl. oben § 17). Und es ist hinzuzufügen, dass für solche ehelustige Personen, die auf dem europäischen Kontinente nicht an ihr Ziel gelangen konnten, England ungefähr so das matrimoniale Eldorado wurde, wie s. Z. Schottland für Engländer und Engländerinnen, als die Gretna-Green-marriages eine Rolle spielten. So lange überhaupt die Bedingungen der Gültigkeit der Ehe in andern mehr oder weniger bequem zu erlangenden Staaten leichtere sind, als im eigenen Wohnsitzstaat, ist es im Grunde wesentlich nur eine Frage des Portemonnaies, ob die Ehe nicht im Widerspruche zum Rechte des Wohnsitzes eingegangen werde. Die Haager Konvention will diesem Zustande innerhalb ihres Gebietes einen Riegel vorschieben.

2. Unter dem nationalen Recht ist das Recht desjenigen Staates zu verstehen, dem der betreffende Nupturient *zur Zeit der Eheschliessung* angehört. Auf welche Weise er diese Staatsangehörigkeit erlangt hat, ist hier — im Gegensatz zur Frage der Ehescheidung

(vgl. unten) — gleichgültig; ein sog. in fraudem legis agere wird nicht beachtet. Es ist möglich und zulässig, dass die Nupturienten ihre bisherige Nationalität gegen eine andere vertauschen, gerade um eine nach ihrem bisherigen Heimatsrecht unzulässige Ehe eingehen zu können.

Was den Begriff des nationalen Rechtes anbetrifft, so ist freilich hier daran zu erinnern, dass in einem und demselben Staate mehrere Ehegesetze in Geltung sein können. Dies trifft z. B. in Ungarn zu, wenn man den Rechtszustand beachtet:

a) in Kroatien-Slavonien,

b) im eigentlichen Ungarn. Vergl. Actes 1900, S. 17 und Czyhlarz, a. a. O., S. 13.

In diesem Falle versteht man unter dem nationalen Eherecht das Recht desjenigen engeren Gebietes, welchem die betreffende Person angehört.

3. Ein nach Abschluss der Ehe eingetretener Wechsel der Staatsangehörigkeit ändert an der Rechtsgültigkeit der Ehe nichts mehr, auch dann nicht, wenn die neue lex patriæ etwa Bestimmungen enthalten sollte, welche als zerstörliche oder aufschiebende Hindernisse der Ehe aufzufassen wären. So wird z. B. eine in Deutschland von einem Juden mit einer Christin abgeschlossene Ehe nicht dadurch ungültig, dass die Eheleute nach Abschluss der Ehe in den österreichischen Staatsverband eintreten, dessen Gesetz (§ 64 a. b. G.-B.) Ehen zwischen Christen und Nichtchristen verbietet.

II. *Die Konvention entscheidet nicht alle mit der Nationalität der Nupturienten zusammenhängenden Fragen.*

1. Welches Gesetz als das Gesetz des nationalen Staates anzusehen ist, wenn ein Verlobter *mehreren* Staaten angehört, bestimmt die Konvention nicht. Diese Frage ist daher nach den Gesetzen der einzelnen Vertragsstaaten, sowie nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts zu entscheiden. (Vgl. die deutsche Denkschrift, S. 3)

2. Das gleiche gilt für die Frage der *Heimatlosigkeit.* Vgl. z. B. § 29 E.-G. zum D. B. G.-B. Derselbe bestimmt:

> Gehört eine Person keinem Staate an, so werden ihre Rechtsverhältnisse, soweit die Gesetze des Staates, dem eine Person angehört, für massgebend erklärt sind, nach den Ge-

> setzen des Staates beurteilt, dem die Person zuletzt angehört hat, und, wenn sie auch früher einem Staate nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat oder zu der massgebenden Zeit gehabt hat.

In dieser Beziehung ist auch auf das neue schweizerische Z.-G.-B. zu verweisen. Im Schl.-T. ist in Art. 61, Ziff. 7a bestimmt:

> Personen, für die keine Heimatsangehörigkeit und kein Wohnsitz nachgewiesen werden kann, stehen unter dem schweizerischen Recht.

Anmerkungen.

1. In Kroatien und Slavonien gilt für Katholiken einschliesslich der Griechisch-Unierten die kirchliche Instruktion vom 8. Oktober 1856, für die Griechisch-Nichtunierten ihr Kirchenrecht, für die Angehörigen der übrigen Konfessionen die Bestimmungen des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in den übrigen Gebieten Ungarns dagegen der Gesetzesartikel XXXI des Jahres 1894. In Ungarn richtet sich die Entscheidung der Frage, ob kroatisches konfessionelles Eherecht oder das Ehegesetz Art. XXXI von 1894 auf die betreffende Person Anwendung findet danach, ob dieselbe in Kroatien und Slavonien oder in einem anderen Gebiete des ungarischen Staates gemeindezuständig ist. § 147 Ges. Art. XXXI, 1894. Vgl. Czyhlarz a. a. O., S. 13.

2. Auf der Vornahme eines Konfessions- bezw. Nationalitätswechsels beruht auch die Möglichkeit der sog. Siebenbürgischen (Transsilvanischen oder Klausenburger) Ehen in Österreich. Vgl. W. Fuchs, Die sog. siebenbürgischen Ehen und andere Arten der Wiederverehelichung geschiedener österreichischer Katholiken (Wien 1889), derselbe, in Juristische Blätter XIX (1890), S. 279 und Meili, Internationales Zivil- und Handelsrecht I, S. 283. Von Tisch und Bett geschiedene österreichische Katholiken treten aus der katholischen Kirche aus und zur evangelischen Konfession über, nehmen ihre Entlassung aus dem österreichischen Staatsverband und erwerben die Einbürgerung in Ungarn, indem sie gleichzeitig vorübergehend wirklich oder scheinbar ihren Wohnsitz in den Bezirk eines siebenbürgischen Ehegerichts verlegen, um so dessen Zuständigkeit zur Herbeiführung der Scheidung dem Bande nach zu begründen. Die von den so geschiedenen Eheleuten neu eingegangene sog. siebenbürgische Ehe wird in Österreich nicht mehr anerkannt.

§ 19. Der Umfang der sachlichen Geltung des nationalen Rechtes.

I. *Nach der lex patriæ eines jeden der Nupturienten richtet sich die objektive und subjektive Berechtigung, eine konkrete Ehe einzugehen.*

1. Art. 1 unterwirft der lex patriæ eines *jeden* der Nupturienten das Recht zur Eingehung der Ehe (le droit de contracter mariage).

Mit andern Worten: dieses Recht muss für *jeden* der Nupturienten nach seinem Personalstatut *positiv* vorhanden sein. Es gilt nicht etwa der favor matrimonii in dem Sinne, dass die Ehe gültig wäre, wenn auch nur nach der lex patriæ *eines* der Nupturienten, speziell des Bräutigams, das Recht *beider* vorhanden ist. Dies geht deutlich aus den Verhandlungen der Konferenz von 1900 hervor. Ungarn hatte — in Anlehnung an den oben zitierten § 109 des ungarischen Ehegesetzes, vgl. § 17 — beantragt, zu bestimmen, dass für die Frage des Ehemündigkeitsalters und der elterlichen bezw. vormundschaftlichen Einwilligung das Recht jedes der Verlobten, für die anderen Voraussetzungen der Eheschliessung jedoch nur das Recht des Bräutigams massgebend sein solle. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, und zwar mit folgender Begründung (Actes 1900, S. 169/170):

> La Commission a pensé qu'avant le mariage, il n'y avait pas de raison pour que la loi du fiancé prévalût sur celle de la fiancée. Chacun des futurs époux doit être capable d'après sa loi. L'incapacité qui existerait dans la personne de la fiancée d'après sa loi nationale ne peut être effacée, parce que cette incapacité n'existerait pas dans la loi nationale du fiancé.

2. Welche Bedeutung dem Ausdruck „Recht zur Eingehung der Ehe" zukommt, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 1.

a) Ursprünglich lautete Art. 1 in der Fassung des der ersten Konferenz von 1893 vorgelegten Entwurfs (Actes 1893, S. 49):

> Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux .... En conséquence ...... pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des deux époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective, *notamment* en ce qui concerne l'âge, les degrés prohibés de parenté ou d'alliance, le consentement des parents, des tuteurs ou du conseil de famille.

b) Die Konferenz hat dann die Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle der lex patriæ, obwohl dieselbe nur exemplifikativ und nicht limitativ gemeint war, gestrichen, und

zwar mit der ausdrücklichen Begründung: malgré les explications fournies dans le rapport et malgré le sens énonciatif du mot „notamment", elle a craint qu'il n'y eût quelque équivoque et que l'on pût discuter sur les cas non expressément prévus (Actes 1893, S. 52).

c) Der der dritten Konferenz von 1900 vorgelegte Entwurf enthält auch den zweiten Satz (En conséquence etc.) nicht mehr; der Rapport erklärt: la seconde phrase a été supprimée comme étant une explication inutile de la première (Actes 1900, S. 168).

d) Die von Ungarn bezw. Belgien gestellten Anträge, im Art. 1 statt „droit de contracter mariage" zu sagen „la validité du mariage" bezw. *la capacité* de contracter mariage" wurden abgelehnt. Über den Grund dieser Ablehnung äussert sich der Rapport von Renault wie folgt (Actes 1900, S. 169): L'expression: *droit de contracter mariage* a paru meilleure, parce qu'elle est plus compréhensive; ce qui concerne les vices du consentement (erreur, dol, violence) rentre dans le droit de contracter mariage et non dans la capacité. La validité est examinée à propos d'un mariage célébré, tandis qu'il s'agit ici des conditions à remplir pour contracter mariage.

3. Aus dieser Entstehungsgeschichte des Artikel 1 folgt, dass er das Recht zur Eingehung einer Ehe *überhaupt* der lex patriæ unterwirft. Artikel 1 bezieht sich nicht nur auf die das Recht zur Eingehung einer Ehe betreffenden Rechtsnormen, welche die Gültigkeit der Ehe bedingen, sondern auch auf die im nationalen Staat eines Verlobten bestehenden Eheverbote, welche, ohne dass ihre Übertretung einen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund bildet, nur die Vollziehung der Ehe hemmen. (Vgl. die in der Anmerkung zitierte Äusserung des Schweizerischen Bundesrats).

4. Es unterliegen also der lex patriæ namentlich das Ehefähigkeitsalter, die elterliche bezw. vormundschaftliche Einwilligung zur Ehe, sowie die eigentlichen Ehehindernisse. Bezüglich der letzteren ist noch zu bemerken: Die Ehehindernisse sind — abgesehen von anderen, hier nicht interessierenden Einteilungen — einseitige oder zweiseitige. Bei den einseitigen handelt es sich um Eigenschaften und Zustände, die einzig und allein an der Person eines der Nupturienten haften, ohne jede Beziehung auf den anderen; hierher ge-

hört z. B. der Mangel der Ehemündigkeit oder der elterlichen bezw. vormundschaftlichen Einwilligung. Bei den zweiseitigen Ehehindernissen sind wieder zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Entweder handelt es sich um eine Eigenschaft, die zwar *äusserlich* an der Person *eines* der Nupturienten haftet, jedoch nur durch ihre Beziehung auf den anderen praktisch wird; man denke z. B. an die Impotenz oder den Empfang der höheren Priesterweihen. Oder es handelt sich von vornherein um eine *Beziehung* der beiden Nupturienten, z. B. das Ehehindernis der Verwandtschaft oder Schwägerschaft, die Religionsverschiedenheit, den Ehebruch usw.

Besteht nun nach der lex patriæ eines Nupturienten ein lediglich an seiner Person haftendes Ehehindernis, so ist es in bezug auf ihn zu beachten. Handelt es sich hingegen um ein Hindernis, das zwar an der Person haftet, aber nur durch die Beziehung zum anderen Nupturienten praktisch wird, so ist nicht einfach die lex patriæ desjenigen zu beachten, in dessen Person es — oft nur scheinbar — besteht. Nach schwedischem Recht ist z. B. die „heidnische" Religion ein Ehehindernis (Actes 1900, S. 36). Ein christlicher Schwede darf daher z. B. eine mohamedanische Französin nicht heiraten. Umgekehrt aber dürfte ein religionsloser Schwede eine christliche Französin heiraten. Zwar besteht in seiner Person scheinbar das Ehehindernis der heidnischen Religion, aber der Sinn dieser Vorschrift ist nicht der, dem Heiden die Ehe zu verbieten, sondern die Christen vor der Ehe mit einem Heiden zu schützen; und für den christlichen Nupturienten (i. c. die Französin) besteht eine solche Schutzvorschrift nicht. (Vgl. Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 204.)

Ein instruktives Beispiel erwähnt der Rapport der Kommission (Actes 1900, S. 169). Nach österreichischem Recht ist der Empfang der höheren Priesterweihen ein Ehehindernis, nicht dagegen z. B. in Deutschland oder Frankreich. Der Rapport supponiert nun folgendes: Un prêtre catholique, sujet d'un Etat dont la loi ne connaît pas d'empêchements fondés sur la qualité de prêtre, veut épouser une femme dont la loi contient un empêchement de ce genre: par exemple, *un prêtre catholique allemand veut épouser une Autrichienne en Allemagne.* On peut se demander si vraiment un pareil mariage serait empêché par l'amendement proposé. En effet, le prêtre est capable de se marier; la femme autrichienne l'est aussi, la règle de la loi autrichienne n'étant pas qu'une Autrichienne ne peut épouser un prêtre,

mais qu'un prêtre autrichien ne peut se marier, ce qui est bien différent.

Es ist also in jedem Falle zu untersuchen, welche räumliche Intensität einem *äusserlich* nach dem Rechte der lex patriae eines der Nupturienten vorhandenen Ehehindernis mit Rücksicht auf die ratio legis beizumessen ist.

Die deutsche Denkschrift (S. 31) drückt sich in dieser Hinsicht zu Artikel 1 folgendermassen aus:

> Dieser Artikel stellt den Grundstatz auf, dass das Recht zur Eingehung der Ehe sich für jeden der Verlobten nach den Gesetzen seines Heimatstaates bestimmt. Hienach muss jeder Verlobte sowohl für seine Person als auch für seine Beziehungen zu dem anderen Verlobten den Erfordernissen seines Heimatrechtes entsprechen; *nach diesem Rechte ist auch die Frage zu beurteilen, ob das Ehehindernis nur seine Person oder auch seine Beziehungen zu dem anderen Verlobten* betrifft, also ein einseitiges oder zweiseitiges ist.

II. *Auch die Beurteilung der Willensmängel (vitia consensus), wie Zwang, Betrug oder Irrtum (metus, dolus und error) unterliegt der lex patriæ desjenigen Ehegatten, in dessen Person der Willensdefekt bestand.*

Abgesehen von der ausdrücklichen Erklärung des Rapport (vgl. oben Nr. 2 lit. d) folgt dies auch aus allgemeinen Gründen. Das Recht zur Eingehung einer Ehe setzt für jeden Nupturienten in erster Linie die freie Einwilligung des anderen voraus; Zwang, Betrug oder Irrtum in der Person eines der Nupturienten schliesst aber diese Voraussetzung der Einwilligung und damit das Recht zur Eingehung der Ehe aus. (Vgl. z. B. Art. 26 in Verbindung mit Art. 50 Z. E.-G.)

Diese Ansicht wird auch von Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 208 geteilt, während Buzzati, a. a. O., S. 87—93 mit unzulänglichen Gründen dagegen opponiert. Er bemerkt (S. 93):

Non si può credere che quelle parole (sc. droit de contracter mariage) comprendano i vizi del consenso, perchè questi riguardano un altro e diverso requisito essenziale di validità del negozio giuridico, perchè due persone possono trovarsi perfettamente in diritto di contrarre fra loro matrimonio e pure tuttavia questa essere nullo o annullabile (secondo i casi e secondo le varie legislazioni) se il consenso

è stato estorto con violenza o dato per errore o carpito con dolo, perchè in fine non si può dire che Mevio non abbia diritto di contrarre matrimonio con Claudia, se questa lo ha tratto in inganno sulle qualità fisiche della sua persona.

Buzzati vergisst hierbei, dass, wenn auch das Recht zum Eheabschluss durch die Aufstellung besonderer Ehehindernisse unter Spezialnormen gesetzt wird, daneben selbstverständlich die *allgemeinen* Grundsätze über die Gültigkeit von Verträgen in Kraft bleiben. Was den letzten Satz in obigem Zitat anbetrifft, so kehrt er das Verhältnis direkt um. Man kann zwar nicht sagen, Mevio habe nicht das Recht, mit Claudia eine Ehe einzugehen, wohl aber umgekehrt: Claudia ist nicht berechtigt, Mevio zu heiraten, weil sie ihn getäuscht hat und daher seine freie Einwilligung ausgeschlossen war. Es könnte daher z. B., wenn der getäuschte Ehegatte zur Zeit des Eheabschlusses ein Deutscher war, die Ehe auf Grund von § 1334 B. G.-B. angefochten werden.

Anmerkungen.

1. Mit Note vom 23. Mai 1910 machte die deutsche Gesandtschaft in Bern dem Schweizerischen Bundesrat folgende Mitteilung: Aus Art. 1 der Konvention ergebe sich für die an der Konvention beteiligten Staaten die Verpflichtung, Angehörige anderer Vertragsstaaten, die nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetz zur Eingehung der Ehe nicht berechtigt sind, in ihrem Gebiet zur Eheschliessung nicht zuzulassen — vorbehältlich Art. 3 — selbst wenn sie nach dem dort geltenden Rechte ehefähig sind. Wie sich nun in einem Einzelfall herausgestellt habe, werde dieser Verpflichtung von der Belgischen Regierung eine einschränkende Auslegung gegeben. Diese wolle nämlich den Art. 1 nur auf die das Recht zur Eingehung einer Ehe betreffenden Rechtsnormen beziehen, welche die Gültigkeit der Ehe bedingen. Danach würden die im Heimatsstaat eines Verlobten bestehenden Eheverbote, deren Übertretung keinen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund bildet, der Eheschliessung in einem anderen Vertragsstaat nicht entgegenstehen. Nach Ansicht der deutschen Regierung entspreche diese Auffassung weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte des Art. 1. Das Recht zur Eingehung der Ehe fehle dem Nupturienten, wenn nach dem massgebenden Gesetz ein Ehehindernis bestehe, so dass es keinen Unterschied begründe, ob das Ehehindernis nur die Vollziehung der Ehe hemme oder die vollzogene Ehe ungültig mache. Die deutsche Regierung ersuchte den Bundesrat um eine Äusserung über seine Stellung zu der Frage. Der Bundesrat, nach Einholung eines Gutachtens von Prof. Meili und auf den Antrag seines Justiz- und Polizeidepartements, antwortete unterm 18. Juli 1910 der deutschen Gesandtschaft in Bern u. a. folgendes:

Art. 1 des Haager Abkommens vom 12. Juni 1902 über Eheschliessung bestimmt, dass das Recht zur Eingehung der Ehe (le droit de contracter mariage) sich im Prinzip nach dem Gesetz des Heimatstaates, der lex patriae, richtet. Fraglich ist, was unter dem Recht zur Eingehung der Ehe zu verstehen ist. Die deutsche Auffassung geht

dahin, dass es das Recht zur Eingehung der Ehe überhaupt umfasse, während Belgien glaubt, es sei darunter nur das Recht zur Eingehung einer gültigen Ehe zu verstehen. Der Bundesrat kann der Auffassung der hohen kaiserlichen Regierung aus folgenden Gründen beitreten:

1. Der Wortlaut des Art. 1 spricht für die deutsche Auslegung.
2. Die Ablehnung des österreichisch-ungarischen Antrags zu Art. 1 dahingehend, den Ausdruck „le droit de contracter mariage“ durch „la validité du mariage“ zu ersetzen, weist darauf hin, dass nicht die Gültigkeit der abzuschliessenden Ehe einzig das Kriterium für die Ehefähigkeit der Nupturienten bilden solle.
3. In der Regel wird die Ehefähigkeit bewiesen durch ein formelles Zeugnis der zuständigen Heimatbehörde. Dieses Zeugnis wird nur ausgestellt, wenn *alle* Vorschriften des heimatlichen Rechtes erfüllt sind. Es läge darin eine ungerechte Begünstigung derjenigen, die ihre Ehefähigkeit mit anderen Beweismitteln dartun, wenn diese nur zu beweisen hätten, dass in ihrer Person diejenigen Voraussetzungen erfüllt sind, die nach Heimatrecht zur Eingehung einer *gültigen* Ehe erforderlich sind. Vgl. Geschäftsbericht des eidg. Justiz- und Polizeidepartements für 1910, B.-B. 1911, I, S. 433, No. 18.

2. Bezüglich der Beurteilung der Willensmängel ist in Deutschland auch schon die Ansicht ausgesprochen worden, dass hierfür die Gesetze des ersten ehelichen Domizils der Ehegatten massgebend seien, so Reichsgericht in Zivilsachen XXVII, S. 229. Nach der heute herrschenden Ansicht wird aber auch diese Frage gemäss Art. 13 E.-G. zum B. G.-B. entschieden werden müssen. Vgl. das Zitat aus Planck, § 24, Anmerkung.

§ 20. Der Vorbehalt der Verweisung und die spezielle Rücksicht der Konvention auf das schweizerische Recht.

I. *Die unbedingte Geltung des nationalen Rechts für das Recht zur Eingehung der Ehe tritt dann nicht ein, wenn eine internationalrechtliche Vorschrift der lex patriæ selbst ausdrücklich auf ein anderes Gesetz verweist.*

Wenn die Konvention die lex patriæ für massgebend erklärt, so versteht sie hierunter regelmässig die von derselben aufgestellten *materiellen* Eherechtsnormen, die sog. Sachnormen. Ausnahmsweise ist jedoch auch eine *Kollisionsnorm* der lex patriæ zu berücksichtigen, sofern sie ausdrücklich auf die Anwendung eines anderen Gesetzes verweist, sei es der lex domicilii der Nupturienten, sei es der lex loci celebrationis. Schon die erste Fassung des Art. 1 lautete:

> Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, *à moins que cette loi ne s'en*

rapporte soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu de la célébration.

Es liegt hierin eine positive Sanktion der sog. Verweisung. Vgl. oben § 6.

Allerdings werden die Wirkungen der Verweisung durch die Vorschrift des Art. 8, Abs. 2, eingeschränkt, wonach sich kein Staat zur Anwendung eines Gesetzes verpflichtet, welches nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist. Hierdurch wird speziell der Weiterverweisung die notwendige Schranke gesetzt.

II. *Das in Art. 1 aufgestellte Prinzip der Verweisung kommt unter den Konventionsstaaten nur gegenüber der Schweiz zur Anwendung, und seine Aufstellung ist in erster Linie der Rücksicht auf das schweizerische Recht zuzuschreiben.*

1. Die schweizerischen Delegierten waren verpflichtet, an der Konferenz auf die in der B.-V., Art. 54, 3, enthaltene Bestimmung (gleichlautend mit Art. 25, 3, Z. E.-G.) hinzuweisen. Hier wird folgender Satz aufgestellt:

> Die in einem Kanton oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe soll im Gebiete der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden.

Zur Begründung wurde betont, dass es sich hier um einen sehr liberalen Grundsatz handle und dass kein Grund bestehe, die Schweiz zur Respektierung der lex patriæ auf einem Gebiete zu zwingen, wo sie so weitherzig denke (Actes 1893, S. 46, 1894, S. 43).

2. Von den übrigen Staaten, die auf dem Standpunkt des Domizilprinzips stehen, sind Dänemark und Norwegen der Konvention nicht beigetreten, für Schweden — falls es überhaupt das Domizilprinzip hat, wie Kahn a. a. O.,, S. 201 annimmt — besteht jedenfalls keine *ausdrückliche* Verweisung, wie sie durch Art. 1 erfordert wird. Der Rapport von Renault sagt hierüber (Actes 1900, S. 169): Comme, dans le pays où des étrangers veulent se marier, il peut y avoir incertitude sur le point de savoir si la loi nationale renvoie ou non à une autre loi, il convient qu'il y ait dans cette loi une disposition *expresse* à ce sujet; c'est le cas de la loi suisse de 1874. On a fait remarquer que cette disposition expresse faisait quelquefois défaut et qu'ainsi la portée de l'article serait trop restreinte. Il n'y a pas de clause légale

spéciale en Norvège et en Danemark. Dans ces deux pays, la législation règle la condition des étrangers qui y sont établis, mais ne dit rien au sujet des Norvégiens ou des Danois qui sont établis à l'étranger; c'est par analogie que la règle du domicile, posée pour les étrangers dans le pays, est étendue aux sujets établis au dehors. Il ne leur est pas difficile d'édicter une loi pour régler expressément la condition de leurs nationaux à l'étranger; ils écarteront ainsi toute incertitude.

Schweden ist also hier überhaupt nicht erwähnt. Ferner geht aus dem Gesagten hervor, dass es einer *ausdrücklichen* Verweisung bedarf, es genügt nicht etwa ein durch die Theorie oder die Gerichtspraxis gewonnenes und anerkanntes Prinzip.

3. Die Verweisung auf die lex domicilii bezw. die lex loci celebrationis hat nicht die Bedeutung, dass nun von Konventions wegen eines dieser beiden Gesetze beobachtet werden *müsste*; es wird vielmehr der lex patriæ nur eine Fakultät erteilt, und es hängt von ihr ab, ob die Anwendung des Gesetzes, auf welches verwiesen wird, *ausschliesslich* massgebend sein oder ob lediglich unter den in Betracht kommenden Gesetzen im Sinne des favor matrimonii eine Auswahl getroffen werden soll. Es hat speziell der französische Jurist Lainé darauf hingewiesen, dass eine Ehe doch unmöglich ungültig sein könne, wenn sie zwar der lex domicilii bezw. celebrationis nicht entspreche, wohl aber der lex patriæ. Vgl. Journal, XXI (1894), S. 247 ff., speziell S. 251.

Der Projet de Programme, den die niederländische Regierung der dritten Konferenz vorlegte, enthielt denn auch den Nachsatz des ersten Satzes von Art. 1 (vgl. oben Nr. 1) in folgender Fassung (Documents 1900, S. 99):

> „...... sauf a tenir compte, soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de célébration, si la loi nationale le *permet*".

Diese Fassung wurde zwar nicht die definitive, aber die Auffassung Lainés wurde trotzdem als die allein richtige proklamiert (Actes 1900, S. 168). Abgesehen von dem durch Art. 54, Abs. 3, B.-V. sanktionierten favor matrimonii erhält sie auch noch eine positive Stütze durch Art. 54 Z. E.-G. Derselbe bestimmt:

> Eine im Ausland unter der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe wird nur dann als ungültig erklärt, wenn

die dagegen erhobene Nichtigkeitsklage sowohl nach der Gesetzgebung, unter welcher die Ehe abgeschlossen wurde, als auch nach dem gegenwärtigen Gesetz begründet ist.

4. Trotz der durch Art. 1 sanktionierten Rücksichtnahme auf das schweizerische Recht ist Art. 54, Abs. 3, B.-V. bezw. Art. 25, Abs. 3, Z. E.-G. in seiner Tragweite doch bedeutend eingeschränkt worden. Das dort aufgestellte Prinzip ist von Konventions wegen nur für die im *Ausland* sich verheiratenden *Schweizer* aufrecht erhalten, denn nur für diese ist das die Verweisung enthaltende schweizerische Recht lex patriæ. Das Prinzip des Art. 54, Abs. 3, B.-V. ist dagegen als mit der Konvention in Widerspruch stehend in Zukunft nicht mehr anwendbar:

a) auf Ehen, die im Ausland von Ausländern nach der dort geltenden Gesetzgebung, aber entgegen ihrer lex patriæ geschlossen werden.

b) auf Ehen, die in der Schweiz von Ausländern nach schweizerischem Recht entgegen ihrer lex patriæ geschlossen werden.

5. Die durch Art. 1 dem schweizerischen Recht gemachte Konzession wird nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches an praktischer Bedeutung erheblich einbüssen. Das weitherzige Prinzip des Art. 54, Abs. 3 B.-V. wird stark eingeschränkt durch Z.-G.-B. Schl.-T. Art. 61, Ziffer 7 f. Derselbe bestimmt:

> Eine Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen worden ist, wird in der Schweiz als gültig betrachtet, wenn ihr Abschluss nicht in der *offenbaren Absicht*, die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes zu *umgehen*, ins Ausland verlegt worden ist.
>
> Eine im Ausland abgeschlossene Ehe, die nach der Gesetzgebung des Ortes der Eheschliessung ungültig ist, kann in der Schweiz nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sie auch nach schweizerischem Rechte ungültig ist.

Entgegen dem bisherigen Grundsatz wird hier zum erstenmal das *offenbare* agere in fraudem legis auf dem Gebiete der Eheschliessung mit der Sanktion der Nichtigkeit einer derartig abgeschlossenen Ehe bedroht. *Diese* Formulierung ist eine Neuerung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts.

6. Wenn im folgenden der Kürze halber von lex patriæ oder dem

nationalen Recht gesprochen wird, so ist nicht nur dieses im engeren Sinne darunter zu verstehen, sondern auch dasjenige Recht, auf das es verweist, mit anderen Worten überhaupt das nach Art. 1 massgebende Recht.

Anmerkungen.

1. *Kahn*, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 216, tadelt die Rücksichtnahme auf das schweizerische Recht. Er zitiert ferner eine Kritik aus *Buzzati*, Intorno al „projet de programme“ della 3. Conferenza, Torino 1899, S. 14, wo sich dieser Autor folgendermassen ausspricht: „E per le meno strano che una conferenza riunita per porre principi generali di diritto internazionale privato, e in cui erano rappresentati quindici Stati, per non stabilire una norma contraria a quello del diritto positivo svizzero, abbia ad esso prestato reverente omaggio, senza notare che in tal modo veniva a derogare al diritto positivo di tutti gli altri 14 Stati: tanto più strano, in quanto la norma del diritto svizzero non trova riscontro nelle leggi di nessun altro Stato ed è tutt'altro che un imitabile esempio.“

Gegenüber diesen Stimmen ausländischer Kritiken nimmt es sich sonderbar aus, wenn die schweizerischen Kritiker der Konventionen nicht müde werden, zu behaupten, die Schweiz sei an den Haager Konferenzen gleichsam juristisch vergewaltigt worden!

2. Man war in der Schweiz stets der Ansicht, dass angesichts des Art. 54 B.-V. und Art. 25 Z. E.-G. eine im Auslande gültig abgeschlossene Ehe nicht etwa deswegen angefochten werden könne, weil der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe Domizil in der Schweiz besass (B.-B. 1894, II, S. 16; 1895, II, S. 117). Es wurde freilich im Verlaufe der Zeit die Frage aufgeworfen, ob die Ehe wenigstens dann in der Schweiz nicht anzuerkennen sei, wenn ihr nach schweizerischem Recht Ehehindernisse entgegenstanden. Der Bundesrat sagte nein, der Ständerat erklärte aber, dass er eher der andern Meinung beipflichten würde (B.-B. 1889, III, S. 196; 1895, III, S. 63). Vom 1. Januar 1912 ab ist der oben zitierte Art. 61, Ziffer 7 f des Schl.-T. des Z.-G.-B. massgebend.

§ 21. Die fakultative Einschränkung des nationalen Rechtes zugunsten des Rechtes des Ortes der Eheschliessung im allgemeinen.

I. *Die Konvention hat in bestimmten Fällen dem Rechte des Staates, in welchem die Ehe abgeschlossen wird, die Befugnis eingeräumt, eine vom nationalen Rechte gestattete Ehe zu verbieten, oder eine von ihm verbotene Ehe zu gestatten.*

1. Der einheitlichen Anwendung fremden Rechtes in den einzelnen Staaten stellte sich bisher auch auf dem Gebiete der Ehe-

schliessung die Rücksicht auf den sog. „ordre public“ entgegen. (Vgl. oben § 4.) Den Umfang dieses internen jus cogens zu bestimmen, blieb in der Regel auch hier dem örtlich und zeitlich variierenden Ermessen der Gerichte oder sogar administrativer Behörden überlassen. So entschied z. B. das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement auf die Anfrage, ob der Zivilstandsbeamte die Verkündung der Ehe eines Tessiners, der in der Schweiz eine fünfzehnjährige Italienerin heiraten wollte, verweigern müsse, im bejahenden Sinn; denn die Vorschrift des Art. 27 Z. E.-G., wonach die Braut, um eine Ehe einzugeben, das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt haben müsse, sei öffentliches Recht der Schweiz, gelte also auch gegenüber einer italienischen Braut. (Vgl. Geschäftsbericht für 1898, B.-B. 1899, I, S. 364.)

2. Auf den Haager Konferenzen bestand darüber Einigkeit, dass die lex patriæ nicht ausnahmslos gelten könne; andererseits aber ging die herrschende Ansicht dahin, dass man die Bestimmung der Ausnahmen zugunsten der lex loci celebrationis nicht dem auf den „ordre public“ abstellenden richterlichen oder administrativen Ermessen, das sich speziell auf dem Gebiete des Eherechts schrankenlos tummeln könnte, überlassen dürfe, dass vielmehr diese Ausnahmen strikte formuliert werden müssten. (Vgl. oben § 4.)

3. Von diesem Gesichtspunkt ausgehend, macht die Konvention in Art. 2, al. 1 und Art. 3, al. 1, ganz bestimmt formulierte Vorbehalte zugunsten der lex loci celebrationis. Auf die Einzelheiten wird weiter unten (§§ 22, 23) eingetreten. Über die dem Staat des Eheschliessungsortes durch Art. 2, al. 1 und Art. 3, al. 1 gewährten Reservatrechte dürfen dessen richterliche oder administrative Behörden keinesfalls hinausgehen, die Aufzählung ist streng limitativ. Irgendwelche andere, auf Ehehindernisse bezügliche Vorschriften der lex loci celebrationis dürften international nicht beachtet werden, und die Anwendung von Generalklauseln, wie sie z. B. Art. 30 E.-G. zum D. B. G.-B., Art. 12 der italienischen disposizioni und andere interne Kodifikationen der Kollisionsnormen enthalten (vgl. oben § 4), ist ausgeschlossen. Der Begriff des „ordre public“ im Eheschliessungsrecht ist *international fest* umschrieben, und damit ist hier die partikuläre Willkür ausgeschaltet: dies ist einer der Hauptvorzüge der Eheschliessungskonvention.

II. *Die in Art. 2,₁ und Art. 3,₁ enthaltenen Bestimmungen stellen juristisch keine überstaatlichen Imperativnormen dar.*

1. Die Anwendung des Gesetzes des Eheschliessungsortes ist nicht obligatorisch erklärt; so weit zu gehen, lag für die Konvention keine Veranlassung vor. Es wird vielmehr dem Staate des Eheschliessungsortes nur eine *Fakultät* verliehen, sein Recht ausschliesslich anzuwenden.

2. Von dieser Fakultät kann der Staat des Eheschliessungsortes nach zwei Richtungen Gebrauch machen. Er kann entweder gegen Ehen, die nach der lex patriæ der Nupturienten gestattet sind, sein Veto einlegen; oder er kann Ehen, die nach der lex patriæ verboten sind, gestatten.

Man kann theoretisch von einer *prohibitiven Eingriffsbefugnis* der lex loci celebrationis reden und sie der *permissiven* gegenüberstellen (Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 224, 249).

III. *Von den Fällen, die in Art. 2 und 3 erwähnt sind, ist nun noch im speziellen zu reden.*

§ 22. Das im Staate der Eheschliessung zulässige Veto gegen einzelne nach nationalem Rechte gestattete Ehen.

I. *Der Staat, in welchem die Ehe abgeschlossen wird, ist befugt, in vier bestimmten Fällen den Abschluss der Ehen von Ausländern zu untersagen, obgleich sie nach ihrem nationalen Rechte zulässig wären, nämlich dann, wenn eine Eheschliessung gegen bestimmte interne Vorschriften verstossen würde.*

Es handelt sich um folgende Normen:

1. die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft, für die ein absolutes Eheverbot besteht;
2. das absolute Verbot der Eheschliessung zwischen den des Ehebruchs Schuldigen, wenn auf Grund dieses Ehebruchs die Ehe eines von ihnen aufgelöst worden ist;
3. das absolute Verbot der Eheschliessung zwischen Personen, die wegen gemeinsamer Nachstellung nach dem Leben des Ehegatten eines von ihnen verurteilt worden sind (Art. 2, al. 1, N. 1—3);

4. das Verbot der Eheschliessung mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe oder auf ein Hindernis religiöser Natur (Art. 2, al. 3).

II. *Über die in der Konvention vorbehaltenen Fälle ist im einzelnen zu reden.*

1. Das Ehehindernis der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

1. Der Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft (parenté und alliance) bestimmt sich jeweilen nach der lex loci celebrationis. „La commission estime, sagt der Rapport der Kommission von 1894, que ce sens est très large. Le pays de la célébration a le droit de faire respecter ses empêchements absolus à raison de la parenté ou de l'alliance, qu'il s'agisse de liens produits par le mariage, une union illégitime ou l'adoption; c'est sa législation qui sert ici de règle“ (Actes 1894, S. 48).

Wesentlich ist, dass hiernach speziell auch die auf Adoption gegründeten lokalen Ehehindernisse prohibitiv wirken dürfen. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil dieselben in einigen Konventionsstaaten sehr weit gehen. Während z. B. das schweizerische Recht die Ehe nur zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern verbietet (Z. E.-G. Art. 28, Ziff. 2 lit. b, vgl. Art. 100 Z.-G.-B.), untersagt das deutsche Recht (§ 1311 D. B. G.-B.) auch die Ehe zwischen den ersteren und den Deszendenten der letzteren; und Italien (Art. 60 Cod. civ.) und Frankreich (Art. 348 C. c.) verbietet ausserdem noch die Ehe zwischen verschiedenen Adoptivkindern der gleichen Person, zwischen dem Adoptivkind und den natürlichen Kindern, die dem Adoptivvater noch geboren werden, sowie endlich zwischen dem Adoptivkinde und dem Ehegatten des Adoptivvaters oder zwischen dem Adoptivvater und dem Ehegatten des Adoptivkindes (Actes 1900, S. 25). Auch das Ehehindernis der sog. affinitas illegitima, das aus dem kanonischen Recht stammt und z. B. vom deutschen Recht (D. B. G.-B. § 1310, al. 2) übernommen worden ist, wird durch die Fakultät der Ziffer 1 gedeckt und kann von Konventions wegen als prohibitiv wirkend erklärt werden. (Vgl. Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer, XII, S. 228, Sauer a. a. O., S. 285.)

2. Die lokalen Ehehindernisse, die sich auf Verwandtschaft und Schwägerschaft stützen, dürfen jedoch gegenüber der lex patriæ

nur dann prohibitiv eingreifen, wenn sie ein *absolutes* Eheverbot begründen, d. h. wenn sie nicht durch Dispens beseitigt werden können (Actes 1893, S. 47). So ist z. B. nach schweizerischem Recht (Art. 28, Ziff. 2, lit. a Z. E.-G.) die Ehe zwischen Oheim und Nichte oder zwischen Tante und Neffe absolut verboten, während in Italien (Art. 59 und 68 Cod. civ.) und in Frankreich (Art. 163, 164 C. c.) gegen dieses Ehehindernis Dispens möglich ist. Wenn also z. B. Oheim und Nichte, nach deren lex patriæ die Ehe ohne weiteres statthaft ist, diese in Frankreich oder Italien eingehen wollen, so hat das französische bezw. italienische Gesetz keine prohibitive Eingriffsbefugnis, weil eben nach der lex loci celebrationis kein absolutes Eheverbot vorliegt, es bedarf nicht etwa des Dispenses der französischen bezw. italienischen Behörde. Wenn andererseits den ausländischen Nupturienten nach ihrer lex patriæ dieses Ehehindernis zwar entgegensteht, aber gleichfalls nach der lex patriæ durch Dispens beseitigt werden kann, so sind zu dessen Erteilung nicht die lokalen Behörden des Eheschliessungsortes, sondern die nationalen Behörden der Nupturienten kompetent (Actes 1893, S. 47). Dieser nationale Dispens vermag allerdings gegen ein absolutes Verbot des Eheschliessungsortes nicht aufzukommen (B.-B. 1911, I, S. 433, No. 17).

2. Das Ehehindernis des Ehebruchs.

1. Der historische Ausgangspunkt dieses Ehehindernisses liegt in Art. 298 Code civ. Hier wird bestimmt:

> Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice.

In Frankreich selbst ist dieses Ehehindernis beseitigt worden, indem ein Gesetz vom 15. Dezember 1904 den Art. 298 C. c. aufhob. Hingegen ist es aus dem französischen Code civ. in die von ihm beeinflussten Gesetzbücher übergegangen. Heute besteht es in allen Konventionsstaaten mit Ausnahme von Frankreich, Italien und der Schweiz. Nach Art. 150 des neuen schweiz. Z.-G.-B. kann höchstens die Untersagung der Ehe bis auf drei Jahre ausgesprochen werden.

2. Prohibitiv darf die lex loci celebrationis nur eingreifen, insofern sie die Ehe zwischen *Komplizen* des Ehebruchs verbietet. In Schweden ist z. B. dem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten

die Wiederverheiratung *überhaupt* und mit *irgend*welcher Drittperson verboten, ausser wenn der unschuldige Ehegatte gestorben ist oder sich selbst wieder verheiratet oder zur Eheschliessung des Schuldigen seine Einwilligung gibt. Eine solche Norm des Eheschliessungsstaates wird durch die Konvention nicht gedeckt und kann daher gegen Ausländer nicht prohibitiv wirken.

3. Die Ehe eines der Ehebrecher muss auf Grund des Ehebruches *aufgelöst* worden sein. Es ist also, damit die betreffende Vorschrift der lex loci celebrationis prohibitiv wirken kann, notwendig, dass die Konstatierung des Ehebruchs in einem Scheidungsurteil vorliegt. Andererseits genügt es, wenn dieses Requisit aufgestellt wird; es braucht nicht etwa noch ein *Strafurteil* bezüglich des Ehebruchs verlangt zu werden.

4. Auch dieses Ehehindernis darf nur dann prohibitiv eingreifen, wenn es absolut, d. h. ein Dispens dagegen nicht möglich ist. Dies trifft für alle Konventionsstaaten, die das Ehehindernis kennen, zu, ausser für Deutschland und Schweden; hier ist Dispens zulässig (D. B. G.-B. § 1312, Actes 1900, S. 36) ; der Eheschliessung von Schweizern, Franzosen oder Italienern in Deutschland, die sich im Falle des § 1312 D. B. G.-B. befinden, kann also diese Bestimmung von Konventions wegen nicht prohibitiv entgegengehalten werden.

5. Bezüglich der Kompetenz zur Erteilung des Dispenses gilt hier das gleiche, wie sub 1, die heimatlichen Behörden der Nupturienten sind zuständig. Deutsche, die in der Schweiz heiraten wollen, denen aber nach ihrer lex patriæ das Ehehindernis des § 1312 D. B. G.-B. entgegensteht, haben sich also an die deutschen Behörden zu wenden.

3. Das Ehehindernis der Lebensnachstellung.

1. Von den Konventionsstaaten kennen nur zwei, Italien und Portugal, dieses Ehehindernis. Art. 62 des italienischen Codice civile bestimmt:

> Chi fu in giudizio criminale convinto reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei conjugi non può unirsi in matrimonio coll' altro conjuge.

Ebenso bestimmt Art. 1058 des portugiesischen C. c. (Actes 1900, S. 29):

Le mariage est interdit:

...... 4. entre l'époux condamné comme auteur principal ou comme complice du crime d'homicide consommé ou tenté sur son conjoint et la personne qui a consommé le crime ou y a concouru comme auteur principal ou complice.

2. Nach dem Text des italienischen Gesetzes ist dem Gattenmörder die Ehe mit dem überlebenden Gatten nicht nur dann verboten, wenn dieser sein Komplize ist, sondern überhaupt, also auch dann, wenn die Tat weder auf Anstiftung noch unter Beihülfe des Überlebenden geschah. In dieser Ausdehnung kann die Bestimmung gegenüber Ausländern keine prohibitive Anwendung beanspruchen, die Konvention lässt eine solche nur zu, wenn es sich um *gemeinsame* Nachstellung der Nupturienten nach dem Leben des Ehegatten eines von ihnen, also um Komplizität, handelt.

3. Als weitere Bedingung prohibitiver Anwendbarkeit der Konventionsnorm ist die zu bezeichnen, dass eine *strafgerichtliche* Verurteilung der Nupturienten wegen vollendeten bezw. versuchten Gattenmordes bezw. der Gehülfenschaft dazu erfolgt ist. Es genügt nicht, wie beim Ehebruch, dass ein Zivilurteil, speziell das Scheidungsurteil, Nachstellung nach dem Leben (z. B. Z. E.-G., Art. 46, lit. b) als Scheidungsgrund konstatiert.

4. Auch hier ist Voraussetzung für die prohibitive Anwendung des Ehehindernisses dessen absoluter Charakter, der allerdings in den in Betracht kommenden Staaten auch besteht.

4. Eheverbot mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe.

1. Die Entwürfe der ersten und zweiten Konferenz statuierten prohibitive Geltung der lex loci celebrationis für ihre „dispositions concernant la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur“. Die dritte Konferenz strich diesen Satz, weil alle beteiligten Staaten nur die Monogamie gestatten und den Abschluss einer Ehe bei rechtlichem Fortbestand einer früheren nicht zulassen, als selbstverständlich. Hieraus folgt, dass sich der in Art. 3, Abs. 3 der Konvention enthaltene Vorbehalt zugunsten des Eheverbots „mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe“ nicht auf eine noch bestehende Ehe beziehen kann; vielmehr hat diese Bestimmung gerade den Fall einer durch Scheidung aufgelösten Ehe im Auge (Actes 1900, S. 172). Buzzati

(a. a. O.) spricht daher geradezu von einem „impedimento per divorzio". Es soll durch die Aufnahme dieses Verbotes der Gesetzgebung derjenigen Staaten Rechnung getragen werden, welche eine Auflösung der Ehe durch Scheidung entweder allgemein (wie z. B. Italien) oder doch bei Katholiken (wie z. B. Österreich) nicht anerkennen, und daher auch einem im Auslande rechtsgültig geschiedenen Ausländer die Eingehung einer neuen Ehe im Inland, sei es überhaupt, sei es, wenn der eine Teil katholisch ist, nicht gestatten. Man spricht auch — nicht ganz zutreffend, aber in Anlehnung an den auf die katholisch-kirchliche Auffassung von der Unauflöslichkeit der Ehe sich gründenden Charakter dieses Ehehindernisses — vom Ehehindernis des Katholizismus. Praktisch wird es, da Österreich der Konvention z. Z. noch nicht beigetreten ist, nur in zwei Konventionsstaaten, in Portugal und Italien. Was speziell letzteren Staat anbetrifft, so ist die Doktrin für Zulassung der Wiederverheiratung geschiedener Ausländer, während die Judikatur eine Distinktion macht: Ausländer, deren frühere geschiedene Ehe in Italien geschlossen war, sollen dort zu einer neuen Eheschliessung nicht zugelassen werden, wohl aber Ausländer, deren frühere, nachher geschiedens Ehe im Auslande als eine lösbare eingegangen war. (Vgl. Urteil des Kassationshofs Turin vom 21. November 1900, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 134.) Mit Recht aber ist darauf hingewiesen worden, dass Italien, nachdem es der *Ehescheidungs*konvention beigetreten und nach deren Artikel 7 verpflichtet ist, auswärtige Scheidungsurteile über Ausländer anzuerkennen, auch deren Wiederverheiratung logischerweise nicht verbieten kann. (Vgl. Buzzati, a. a. O. S. 189/190.)

2. Das Hindernis der vormaligen Ehe ist, wie auch die deutsche Denkschrift S. 32 anführt, rein kirchlicher Natur, dies ergibt sich z. B. auch aus der Koordination mit den Hindernissen religiöser Natur. Nur soweit also ein auf eine vormalige Ehe begründetes Eheverbot der lex loci celebrationis wirklich auf dem vorerwähnten katholisch-kirchlichen Gesichtspunkt beruht, kann es von Konventions wegen auch gegen Ausländer prohibitiv wirken. Dies trifft namentlich nicht zu:

a) beim Verbot der Eingehung einer neuen Ehe im Falle der Verschollenheit eines der Ehegatten. Der Ehegatte eines unbekannt Abwesenden, eines Verschollenen kann eine neue

Ehe in denjenigen Staaten nicht eingehen, in denen, wie in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien, Rumänien und Portugal, die Verschollenheit nicht zu einer Todeserklärung führt. Vgl. Buzzati, a. a. O., S. 73. Wo dagegen die Todeserklärung existiert, kann, wenn der eine Ehegatte für tot erklärt ist, der andere ohne weiteres eine neue Ehe eingehen, so z. B. in Deutschland auf Grund von § 18 in Verbindung mit § 1348 D. B. G.-B. Die erstgenannten Länder können nun ihre Vorschriften nicht prohibitiv z. B. auf einen Deutschen anwenden; denn die Unzulässigkeit der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten beruht dort nur auf dem Mangel einer formellen Todeserklärung, nicht aber auf dem kirchlichen Gesichtspunkt der Auflösung der Ehe allein durch den Tod. Dies folgt zur Evidenz aus der Tatsache, dass z. B. in Österreich, wo das Eherecht durchaus auf kirchlicher Basis beruht, nach der auf Grund der Verschollenheit ausgesprochenen Todeserklärung der verlassene Ehegatte wieder heiraten kann (§ 112 ff. a. b. G.-B. und Gesetz vom 26. Februar 1883). Vgl. auch Buzzati a. a. O. S. 74.

b) beim Verbot der Wiederverheiratung geschiedener Eheleute. Dieses Verbot besteht z. B. in Belgien, Luxemburg, Rumänien und den Niederlanden. Es stammt aus der Bestimmung des Art. 295 des ursprünglichen französischen Code civil. In Frankreich selbst ist diese Vorschrift durch das Gesetz von 1884 dahin abgeändert worden, dass geschiedene Ehegatten sich nur dann nicht wieder heiraten dürfen, wenn der eine oder der andere nach der ersten Scheidung mit einer Drittperson eine Ehe abgeschlossen hat und diese abermals geschieden worden ist. Dieses Verbot hat jedenfalls keinen kirchlichen Charakter und kann daher gegen Ausländer nicht prohibitiv wirken.

c) beim Verbot der Eingehung einer neuen Ehe, bevor der Ehegatte mit den Hinterbliebenen des anderen die Vermögensauseinandersetzung vorgenommen hat. Eine derartige Bestimmung enthält z. B. das schwedische (Actes 1900, S. 36) und das deutsche Recht (§ 1314 B. G.-B.). Sie bezweckt den Schutz von Drittpersonen, speziell von minderjährigen Kindern des einen Ehegatten, deren Interessen durch den Ab-

schluss einer neuen Ehe vor erfolgter Vermögensauseinandersetzung gefährdet werden könnten, beruht aber nicht auf kirchlichen Rücksichten. Sie kann daher gegen Ausländer nicht prohibitiv wirken (Actes 1900, S. 171).

d) beim Verbot der Eingehung einer neuen Ehe vor Ablauf einer bestimmten Wartefrist. Eine solche ist z. B. nach schwedischem Recht (Actes 1900, S. 36) dem Ehegatten nach dem Tode des anderen auferlegt, und zwar der Frau ein Jahr, dem Mann sechs Monate vom Tod des anderen an gerechnet; hier hat diese Wartefrist in erster Linie die Bedeutung einer Trauerzeit. Regelmässig — und zwar in allen Konventionsstaaten — ist die Wartefrist aber der Frau allein, deren Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst bezw. für nichtig erklärt wird, auferlegt. Sie bezweckt dann die Verhütung der sog. turbatio sanguinis. Endlich aber kann die Wartefrist auch den Charakter einer Strafe infolge der Ehescheidung aus einem bestimmten Grunde haben, z. B. in Art. 48 des Schweiz. Z. E.-G. (vgl. unten § 44). Auf keinen Fall aber beruht jenes Wartegebot auf dem katholisch-kirchlichen Grundsatz der Unauflöslichkeit der früheren Ehe, und seine prohibitive Anwendbarkeit gegenüber Ausländern wird durch die Konvention nicht gedeckt. Die gegenteilige Ansicht des Bundesrates in seinem ersten Kreisschreiben vom 7. September 1905 (B.-B. 1905, V., S. 154) ist daher nicht zutreffend.

5. Ehehindernisse religiöser Natur.

1. Die Aufnahme dieser Bestimmung geht historisch auf einen Antrag der österreichischen Regierung zurück, die vorschlug, in Anlehnung an §§ 63 und 64 des österreichischen a. b. G.-B. folgende Ehehindernisse der lex loci celebrationis als prohibitiv zuzulassen (Actes 1900, S. 46):

a) das absolute Ehehindernis, dass Geistliche, welche die höheren Weihen empfangen und Ordenspersonen, welche das feierliche Gelübde der Ehelosigkeit abgelegt haben, eine Ehe eingehen;

b) das absolute Ehehindernis, dass zwischen Christen und Personen, die sich nicht zur christlichen Religion bekennen, Ehen geschlossen werden.

Statt diese präzisierten Fälle aufzunehmen, stellte die dritte Haager Konferenz die allgemeine Formel von den Hindernissen „religiöser Natur“ (d'ordre religieux) auf (Actes 1900, S. 171).

2. Aus dieser historischen Entstehung dürfte jedenfalls folgen, dass die Bestimmung strikt zu interpretieren und die Prohibitivwirkung der von der lex loci celebrationis aufgestellten Ehehindernisse religiöser Natur nicht über die oben erwähnten, von Österreich beantragten Fälle auszudehnen ist. So wird z. B. das Ehehindernis der sog. cognatio spiritualis, das in Rumänien gemäss Art. 145 des Code civil besteht (Actes 1900, S. 32) und wonach Ehen zwischen Paten und Täufling verboten sind, durch die Konvention nicht gedeckt; ebensowenig das im schwedischen Recht (Actes 1900, S. 36) bestehende Ehehindernis der heidnischen Religion, weil hierdurch nicht nur die Ehe zwischen Christen und Heiden, sondern auch zwischen Heiden untereinander untersagt wird; auch zwei Schweden, die heidnischer Religion sind, können in Schweden mangels einer zum Eheabschluss kompetenten Behörde eine Ehe nicht eingehen. Vgl. Buzzati, a. a. O., S. 74, S. 184 N. 2, S. 213. Leske und Löwenfeld, S. 462.

Hingegen können die Bestimmungen des portugiesischen Rechts von Konventions wegen auch gegen Ausländer prohibitive Wirkung beanspruchen, wonach die Ehe Angehörigen religiöser Orden, die ein Hindernis für die Ehe bilden, sowie denjenigen, welche durch gesetzlich anerkannte Gelübde gebunden sind, verboten ist.

Anmerkungen.

1. Das deutsche E.-G. zum B. G.-B. bestimmt in Art. 13, Abs. 2 geradezu, im Gegensatz zu dem in Art. 1 statuierten Nationalitätsprinzip:

> In Ansehung der Ehefrau eines nach Art. 9, Abs. 3 für tot erklärten Ausländers wird die Eingehung der Ehe nach den deutschen Gesetzen beurteilt.
>
> Der zitierte Art. 9, Abs. 3 lautet:
>
> Hatte ein verschollener ausländischer Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland und ist die im Inlande zurückgebliebene oder dahin zurückgekehrte Ehefrau Deutsche oder bis zu ihrer Verheiratung mit dem Verschollenen Deutsche gewesen, so kann auf ihren Antrag der Verschollene im Inland nach den deutschen Gesetzen ohne die im Absatz 2 bestimmte Beschränkung für tot erklärt werden.

Planck, a. a. O. S. 49 bemerkt hierzu: Ist der Ehemann einer deutschen Frau für tot erklärt, so ergibt sich aus Abs. 1, dass die Frau nach B. G.-B. § 1348 eine neue

Ehe gültig schliessen kann. Die neue Ehe ist auch dann gültig, wenn der Ehemann ein Ausländer war und nach dem Rechte seines Heimatstaates die von der Ehefrau eines für tot erklärten Mannes geschlossene neue Ehe ungültig ist, wenn der für tot Erklärte in Wirklichkeit noch lebt. Dies ergibt sich daraus, dass die nach deutschen Gesetzen erfolgte Todeserklärung nicht nur, wenn der für tot Erklärte ein Deutscher war, sondern nach Art. 9, Abs. 3, unter den dort bezeichneten Voraussetzungen auch dann, wenn er ein Ausländer war, unbeschränkt die nach deutschen Gesetzen mit der Todeserklärung verbundenen Wirkungen, also auch die im § 1348 bestimmte Wirkung hat. Die Vorschrift des Abs. 2 geht nun über diese Konsequenz der angeführten Grundsätze noch insofern hinaus, als die Eingehung der Ehe in Ansehung der Ehefrau eines nach Art. 9, Abs. 3, für tot erklärten Ausländers auch dann nach den deutschen Gesetzen beurteilt werden soll, wenn die Ehefrau zur Zeit der Eingehung der Ehe keine Deutsche war. Es soll genügen, wenn nur die Voraussetzungen des Art. 9, Abs. 3, vorliegen, und diese sind auch dann gegeben, wenn die Ehefrau bis zu ihrer Verheiratung eine Deutsche war. Erforderlich ist nur, dass die Todeserklärung nach Massgabe des Art. 9, Abs. 3, erfolgt ist (s. Erl. 6, zu Art. 9).

2. Zwei Deutsche, die sich eines Ehebruchs schuldig gemacht, wegen dessen die frühere Ehe eines von ihnen geschieden worden war, wollten auf Grund des nach § 1312, al. 2 D. B. G.-B. vorgesehenen Dispenses in den Niederlanden heiraten, wo nach Art. 89 des bürgerlichen Gesetzbuches das absolute Ehehindernis des Ehebruchs besteht. Die vom Staatsanwalt hiergegen erhobene Einsprache wurde von den Gerichten, in letzter Instanz vom Kassationsgericht (Hooge Raad der Nederlanden) geschützt. Das Gericht konstatiert hier, dass nach der Absicht der Konvention (Actes 1900, S. 170/171) der Eheschliessungsstaat zwar frei sei, diese Prohibitivnorm auch auf Ausländer anzuwenden oder nicht, dass aber andererseits, um sie zur Anwendung zu bringen, auch nicht eine *ausdrückliche* Vorschrift des internen Gesetzes erforderlich sei. Vgl. La Codification du droit international privé 1908, S. 91.

3. Das neue schweizerische Z.-G.-B. bestimmt in Art. 102 folgendes:

> Ist ein Ehegatte für verschollen erklärt, so kann der andere Ehegatte eine neue Ehe nur eingehen, wenn die frühere Ehe gerichtlich aufgelöst worden ist.
>
> Er kann die Auflösung der Ehe zugleich mit der Verschollenerklärung oder in besonderem Verfahren verlangen.
>
> Für das Verfahren gelten die gleichen Vorschriften wie bei der Scheidung.

§ 23. Die Gestaltung einer im nationalen Staat aus religiösen Gründen verbotenen Ehe.

I. *Die Gesetzgebung des Staates, in welchem die Ehe geschlossen wird, kann den Ausländern diesen Eheabschluss dann gestatten, wenn er zwar nach dem nationalen Rechte verboten ist, dieses Verbot aber ausschliesslich auf Gründen religiöser Natur beruht.*

1. Während von Anfang an der lex loci celebrationis eine ge-

wisse *prohibitive* Wirkung auch gegenüber Ausländern eingeräumt wurde, nahmen die Konferenzen zu ihrer *permissiven* Eingriffsbefugnis eine andere Stellung ein. Der Rapport der II. Kommission an die erste Konferenz von 1893 (Actes 1893, S. 46) stellte ausdrücklich den Satz auf: Il n'a pas semblé que l'ordre public d'un pays exigeât nécessairement qu'on donnât, en vertu de la loi de ce pays, la faculté de se marier à des individus qui ne l'ont pas d'après leur loi nationale. Die zweite Konferenz verharrte stillschweigend auf dem gleichen Standpunkte.

Erst auf der dritten Konferenz wurde speziell von den Delegierten Frankreichs, Belgiens und der Schweiz darauf hingewiesen, dass gewisse ausländische Ehehindernisse den Fundamentalprinzipien der inländischen Verfassung widersprechen können und darum nicht beachtet werden dürften (Actes 1900, S. 173).

Es sei hier z. B. an die Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 49, 54) erinnert, wonach die Glaubens- und Gewissensfreiheit unverletzlich ist, das Recht zur Ehe unter dem Schutze des Bundes steht und vor allem nicht aus *kirchlichen* Gründen beschränkt werden darf. Mit diesem Prinzip sind z. B. die Ehehindernisse der Religionsverschiedenheit, der höheren Weihen oder des Ordensgelübdes der Keuschheit unverträglich. Die dritte Konferenz fügte daher der Konvention den heutigen Art. 3, Abs. 1 ein, wonach die lex loci celebrationis ungeachtet der Verbote des im Art. 1 bezeichneten Gesetzes die Ehe von Ausländern gestatten kann, wenn diese Verbote *ausschliesslich* auf Gründen *religiöser* Natur beruhen.

2. Was die praktische Bedeutung des Art. 3 anbetrifft, so kann z. B. die Schweiz die Ehe eines portugiesischen Priesters oder Ordensbruders zulassen, obschon das nationale Recht bei diesen Personen den Empfang der höheren Priesterweihen und Ordensgelübde als Ehehindernis hinstellt.

Einem Staate, der (wie die Schweiz) auf dem Gedanken der religiösen Freiheit aufgebaut ist, darf nicht zugemutet werden, das nationale Recht eines anderen Staates anzuerkennen, wenn dieses ihn zwingen würde, jenes Fundament so gröblich zu verleugnen, speziell wenn das Anknüpfungselement im Eheschliessungsort besteht.

II. *Der Begriff der Ehehindernisse religiöser Natur ist strikt zu fassen.*

1. Es handelt sich in Art. 3 um den gleichen Fall, der schon in Art. $2_{,3}$ erwähnt ist.

2. Daraus folgt, dass das Ehehindernis des Katholizismus der permissiven Eingriffsbefugnis der lex loci celebrationis nicht unterliegt. Dies ergibt sich übrigens schon daraus, dass in Art. 2 al. 3 die Ehehindernisse religiöser Natur ausdrücklich *neben* dem des Katholizismus (Rücksicht auf eine vormalige Ehe) erwähnt sind.

Anmerkung.

Es ist interessant, bei diesem Anlass darauf hinzuweisen, in welcher Wechselwirkung grosse und kleine Dinge in der Welt stehen. Das vom Kanton Zürich 1911 erlassene und in der Volksabstimmung vom 2. April gl. Js. mit geringem Mehr angenommene Einführungsgesetz zum neuen Z.-G.-B. enthält in § 123 folgende Bestimmung:

> Das Konkubinat ist untersagt. Die Gemeinderäte haben von Konkubinatsverhältnissen dem Statthalteramte Kenntnis zu geben. Dieses erlässt die erforderlichen Verfügungen zur Aufhebung des Verhältnisses unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsams.
>
> Werden durch das Konkubinatsverhältnis keine familienrechtlichen Pflichten verletzt, so kann das Verbot und die Bestrafung unterbleiben, sofern die Eingehung der Ehe wegen eines in der Gesetzgebung des Heimatstaats begründeten Hindernisses unmöglich ist, das im schweizerischen Rechte nicht besteht. Dies kann namentlich dann geschehen, wenn aus dem Verhältnisse Kinder hervorgegangen sind, deren Unterhalt und Erziehung zu keinen Klagen Anlass geben, und wenn die Verzeigten nicht früher im Konkubinatsverhältnisse gelebt haben.
>
> Verfügungen des Statthalteramtes, durch die auf das Verbot von Konkubinatsverhältnissen verzichtet wird, sind der Justizdirektion zur Genehmigung vorzulegen.

Bei dieser Gelegenheit hat der Gesetzgeber wohl übersehen, dass gerade die Haager Konvention die Möglichkeit begründet, in der Schweiz in gewissen Fällen reguläre Verhältnisse zu begründen, obschon diese nach dem nationalen Rechte irregulär sind. Man denke z. B. an die Möglichkeit eines Eheabschlusses, der nach nationalem Rechte aus religiösen Gründen unzulässig wäre. Freilich ist es ja richtig, dass dem Konkubinatsparagraphen noch anders geartete Verhältnisse und Motive zugrunde liegen. Diese Gesetzesbestimmung kann international zu hoher Bedeutung gelangen. Die Anwendung und Bedeutung wird von der Person des Justizdirektors abhängen!

§ 24. Die Folgen verbotswidrig abgeschlossener Ehen.

I. *Bei der Beurteilung der Folgen verbotswidrig abgeschlossener Ehen muss die Frage der innerstaatlichen Wirkung und die Frage der überstaatlichen Ausdehnung dieser Wirkung auseinandergehalten werden.*

Das Programm der niederländischen Regierung hatte auch Bestimmungen über „nullité du mariage“ vorgesehen. Die Konferenz fand aber, das Gesetz, das über die Bedingungen der Eheschliessung entscheide, bestimme auch die Folgen ihrer Nichterfüllung; es sei massgebend für die Frage, ob eine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vorliege, von wem und in welcher Form sie geltend gemacht werden, ob die Ehe durch gewisse Umstände konvaleszieren könne, usw., alles „en vertu de cette règle bien simple que la sanction de la loi ne doit pas être séparée de la loi elle-même“ (Actes 1894, S. 81).

II. *Was die überstaatliche Wirkung einer verbotswidrigen Ehe im speziellen anbetrifft, so sind hier zwei Hauptfälle zu unterscheiden.*

1. Die Ehe verstösst gegen eine in Art. 2 zugelassene Prohibitivnorm der lex loci celebrationis. Hier müssen wieder zwei Möglichkeiten auseinandergehalten werden:

a) sie verstösst gegen eines der in Art. 2 al. 1 Nr. 1—3 aufgeführten Verbote. Dann kann sie gemäss Art. 2 al. 2 doch nicht als nichtig behandelt werden, falls sie nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetze gültig ist. Sie ist also dann im ganzen Konventionsgebiet, *einschliesslich des Eheschliessungsstaates*, gültig. Man kann daher mit Recht sagen, Art. 2 al. 1 Nr. 1—3 gestatte dem Eheschliessungsstaat die bezüglichen Normen nur für seine *Standesbeamten* im weitesten Sinne, nicht aber für seine *Gerichte* als Prohibitivnormen zu erklären, es handle sich nicht um Normen für die streitige, sondern um solche für die freiwillige Gerichtsbarkeit. Vgl. Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 241.

b) sie verstösst gegen eines der in Art. 2, al. 3 aufgeführten Verbote, d. h. gegen ein solches, das mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe oder ein Hindernis religiöser Natur besteht. Die Verletzung eines derartigen Verbotes kann die Nichtigkeit der Ehe in einem anderen Lande als in dem, wo sie geschlossen wurde, nicht zur Folge haben. Die Ehe ist also in allen dritten Staaten im ganzen Konventionsgebiet, *ausschliesslich allein des Eheschliessungsstaates*, gültig. Selbstverständliche — nicht ausdrücklich erwähnte — Voraussetzung ist natürlich auch hier die Gültigkeit nach Massgabe des in Art. 1 bezeichneten Gesetzes. Die Gültigkeit muss

auch von solchen dritten Staaten anerkannt werden, welche die Grundsätze des Eheschliessungsstaates teilen, deren Verletzung dort die Nichtigkeit zur Folge hat. So muss z. B. eine von geschiedenen deutschen Katholiken in Italien abgeschlossene und dort wegen des Ehehindernisses des Katholizismus ungültige Ehe auch in Portugal anerkannt werden, obwohl dieser Staat gleichfalls das Ehehindernis des Katholizismus kennt.

Die hier vorgesehenen Fälle werden in praxi sehr selten vorkommen, weil die Staaten mit kirchlichem Eherecht regelmässig nicht weltliche, sondern kirchliche Behörden mit der Eheschliessung betrauen und diese den Nupturienten, bei denen die erwähnten Ehehindernisse zutreffen, ohnehin nicht zur Verfügung stehen werden. Gerade deshalb wurde auch die Bestimmung des Art. 6 Satz 2 aufgenommen (vgl. unten § 28).

2. Die Ehe verstösst gegen die lex patriæ bezw. das in Art. 1 bezeichnete Gesetz. Auch hier sind wieder zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

a) die lex patriæ bezw. das in Art. 1 bezeichnete Gesetz ist *schlechthin* nicht beobachtet worden. Dann ist die Ehe im ganzen Konventionsgebiet ungültig.

b) die lex patriæ ist *infolge des Permissiveingriffs der lex loci celebrationis* nicht beobachtet worden, weil ihre Eheverbote ausschliesslich auf religiösen Gründen beruhen (Art. 3). Eine solche Ehe ist im Eheschliessungsstaat gültig, im Heimatstaat ungültig. Dritte, nicht beteiligte Staaten sind berechtigt, einer solchen Ehe die Anerkennung zu versagen. Eine *überstaatliche* einheitliche Norm wie im Falle des Art. 2, al. 3 ist hier nicht festgesetzt, obwohl sie hier ebenso am Platze wäre, wie dort. Die nicht beteiligten Staaten werden von der ihnen erteilten Fakultät im Sinne der Anerkennung oder Nichtanerkennung Gebrauch machen, je nachdem sie selbst auf dem Standpunkt des rein weltlichen oder kirchlichen Eherechts stehen.

Anmerkung.

Die gleichen Grundsätze gelten auch nach deutschem internationalem Privatrecht. Art. 13, E.-G. zum B. G.-B. stimmt im Prinzip mit Art. 1 der Konvention überein. Vgl. Planck, a. a. O., S. 49. Es heisst dort:

Auch die Folgen, welche der Mangel eines Erfordernisses hat, bestimmen sich für den deutschen Eheschliessenden nach den gedachten Vorschriften; insbesondere bestimmt sich hiernach, ob der Mangel nur ein aufschiebendes Ehehindernis oder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe begründet. In entsprechender Art ist aus den ausländischen Gesetzen zu entnehmen, welche Erfordernisse in betreff des ausländischen Teiles gelten und welche Folgen der Mangel eines Erfordernisses hat. Aus der Verschiedenheit der in den verschiedenen Gesetzen bestimmten Folgen eines Mangels, insbesondere aus den verschiedenen Arten der Ungültigkeit können, sich, wie bei den Beratungen der Kommission nicht verkannt ist, Zweifel ergeben; sie werden sich aber bei richtiger Anwendung des Prinzips beseitigen lassen. Hervorgehoben mag werden, dass, wenn nach den Gesetzen des einen Staats wegen des Mangels eines Erfordernisse auf Seiten des diesem Staate angehörenden Teiles die Ehe nichtig ist, die nach den Gesetzen des Staates, dem der andere Teil angehört, etwa eintretende Anfechtbarkeit oder relative Ungültigkeit nicht weiter in Betracht kommt; die Nichtigkeit wirkt begrifflich für *beide* Teile. Die Mittel, die Anfechtbarkeit oder eine sonstige Ungültigkeit, die nicht Nichtigkeit ist, geltend zu machen, bestimmen sich ebenso wie die Voraussetzungen für jeden Teil nach den Gesetzen des Staates, dem er angehört.

§ 25. Das Ehefähigkeitszeugnis.

I. *Die Konvention statuiert eine gewisse Garantie für die Wahrung des von ihr in den Vordergrund gestellten nationalen Rechtes.*

Die Kenntnisse über das auswärtige Recht sind sehr mangelhaft, zumal in Ländern, in welchen kein gelehrter Beamtenstand besteht. Es ist deswegen dafür zu sorgen, dass authentische Auskunft erteilt wird.

Art. 4 sucht hier nachzuhelfen.

II. *Nach Art. 4, Abs. 1 müssen die Ausländer zum Zwecke ihrer Eheschliessung nachweisen, dass sie den Bedingungen, die nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetz erforderlich sind, genügen. Jedoch hat hiermit nicht eine obligatorische, überstaatliche Norm aufgestellt werden sollen.*

1. Es ist zu verweisen auf Actes 1893, S. 42. Hier heisst es:

> Un échange de vues a lieu encore entre plusieurs des délégués, il en résulte que les certificats ne doivent pas être considérés comme *nécessaires* et que les autorités du lieu de la célébration du mariage *ne sont pas obligées* de les considérer comme suffisants.

Dies gab der schweizerischen Delegation Anlass, zu erklären, ,,que si telle est l'opinion de la Conférence il n'y a plus de raison pratique

pour le maintien de l'article 3" (heute 4). Trotz dieser Meinungsäusserung, die der deutsche Delegierte v. Seckendorf unterstützte, wurde der Artikel angenommen.

III. *Zu bestimmen, wie der Nachweis der Ehefähigkeit zu führen ist, bleibt nach der Fassung des Art. 4 im wesentlichen völlig den Behörden des Eheschliessungsstaates überlassen.*

Der Nachweis kann erbracht werden durch ein Zeugnis der diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, dem die Verlobten angehören, oder durch irgend ein anderes Beweismittel, je nachdem die Staatsverträge oder die Behörden des Landes, in welchem die Ehe geschlossen wird, den Nachweis als genügend anerkennen. Diese Notwendigkeit, dass sie vom Eheschliessungsstaat als genügend anerkannt werden, besteht nicht nur für die „anderen Beweismittel", sondern — wie sich namentlich auch aus dem französischen Text ergibt — auch für die diplomatischen bezw. konsularischen Zeugnisse. Wenn übrigens Art. 4, Abs. 2 auf Zeugnisse der diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, dem die Verlobten angehören, abstellt, so ist zu erwähnen, dass laut Art. 1 der Konvention nicht auf *alle* Fälle die lex patriæ der Nupturienten Anwendung findet, sondern, sofern diese — wie z. B. schweiz. Z. E.-G. Art. 25, Abs. 3, — auf ein anderes, z. B. das Wohnsitzrecht, verweist, dieses gelten lässt. Es müsste also in diesem Fall der diplomatische oder konsularische Vertreter über das Recht eines *dritten* Staates, dem er gar nicht angehört, eine authentische Auskunft erteilen, vielleicht gar über das Recht des Staates, in dem er domiziliert ist!

Der Bundesrat in seinem Kreisschreiben vom 7. November 1905 (B.-Bl. 1905, V, S. 157) ist allerdings der Ansicht, dass ein Schweizer, der im Ausland eine Ehe abschliessen will, den in Art. 4 vorgesehenen Nachweis im allgemeinen überhaupt nicht zu erbringen habe, infolge der Bestimmung des Art. 25, Abs. 3 Z. E.-G. (Art. 54 B.-V.), wonach die im Ausland gemäss der dortigen Gesetzgebung abgeschlossenen Ehen in der Schweiz anerkannt werden.

IV. *Eine Verpflichtung der Konventionsstaaten, ihre diplomatischen oder Konsularagenten zur Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen zu autorisieren, wollte die Konvention weder zu gunsten der anderen Konventionsstaaten noch zu gunsten der Nupturienten begründen.*

Art. 4 Absatz 2 wurde von der Konferenz in dem Sinne aufgefasst, dass keinem Staate die Verpflichtung auferlegt werden solle, seine diplomatischen und Konsularagenten zur Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen für Staatsangehörige in ihrem Residenzstaat zu autorisieren. Es hängt vielmehr von der Gesetzgebung jedes Staates ab, ob sie diese Kompetenz ausschliesslich den internen Behörden vorbehalten will (Actes 1900, S. 222/23).

Diese Stellungnahme dürfte deswegen sachgemäss sein, weil es neben den Berufskonsuln auch blosse Handelskonsuln gibt, denen gegenüber die Zumutung zu gross wäre, über das Zivilrecht des von ihnen vertretenen Staates massgebende Auskunft zu erteilen.

V. *Art. 4 hat ferner eine negative Bedeutung.*

Von anderen Bedingungen als dem Nachweis der Ehefähigkeit im Sinne von Art. 1 darf die Eheschliessung nicht abhängig gemacht werden, z. B. nicht von der Beibringung eines Zeugnisses betreffend die *staatsrechtliche* Wirkung der Ehe (speziell den Übergang der Staatsangehörigkeit des Ehemanns auch an die Frau und die eventuellen Kinder) oder einer besonderen ,,Ausländererlaubnis'', wie sie z. B. noch § 1315 Abs. 2 B. G.-B. vorsieht. Vgl. auch Leske und Löwenfeld, S. 989.

VI. *Über die ausländischen Behörden, die zur Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen im Sinne von Art. 4 behufs Eheschliessung von Ausländern in der Schweiz kompetent sind, geben verschiedene Kreisschreiben des Bundesrates Auskunft.*

1. Kreisschreiben des Bundesrates vom 8. Januar 1906, B.-B. 1906, I, S. 135 betr. *Niederlande* und *Deutschland.*

Interessant ist, dass hier — im Gegensatz zu Art. 4 — ausdrücklich erklärt wird, dass die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Deutschen Reiches in der Schweiz zur Erteilung eines derartigen Zeugnisses nicht befugt sind.

2. Kreisschreiben vom 20. Juni 1907 (B.-B. 1907 IV, S. 542), ergänzt durch Kreisschreiben vom 6. Juni 1910 (B.-B. 1910 IV, S. 122) betreffend Ehefähigkeitszeugnis für *Schweden.* Vgl. hierzu auch Geschäftsbericht des Justizdepartements pro 1907, B.-B. 1908, I, S. 507, Nr. 21.

3. Laut B.-B. 1908 I, S. 803, Nr. 8 ist für Ehefähigkeitszeugnisse im deutsch-schweizerischen Verkehr keine amtliche Beglaubigung erforderlich, gemäss deutsch-schweizerischem Staatsvertrag vom 14. Februar/16. August 1907 über Beglaubigung öffentlicher Urkunden (A. S., N. F. XXIII, S. 395).

VII. *Vorbehalten und in Kraft bleiben auch hier die separaten Staatsverträge zwischen einzelnen Konventionsstaaten.*

Speziell ist bezüglich der *Schweiz* hier folgendes zu bemerken.

1. Mit *Frankreich* ist die Anwendung eines bestimmten Formulars vereinbart (B.-B. 1877 III, S. 569). Der französische Gesandte erklärt nämlich auf Grund der ihm jeweilen unterbreiteten Schriftstücke:

a) dass N. N. Franzose ist;

b) dass die durch das französische Gesetz vorgeschriebenen Eheverkündungen in Frankreich ordnungsgemäss stattgefunden haben;

c) dass, da keine Einsprache erhoben wurde und alle gesetzlichen Formalitäten erfüllt sind, N. N. zur Eingehung der Ehe in Frankreich berechtigt wäre.

Ausserdem wird der Wortlaut der Art. 10 und 12 (betreffend Nationalität der Frau und Kinder) und 170 C. c. (betreffend Form der Ehe) zitiert.

Handelt es sich um Deserteure, so pflegt die französische Gesandtschaft das mit der Schweiz vereinbarte Formular nicht auszustellen. Allein gleichwohl ist Dispensation nach Art. 31, Abs. 5, Z. E.-G. gewährt worden (Handbuch für die schweizerischen Zivilstandsbeamten Nr. 189, S. 315).

2. Im Verhältnis zu *Italien* gilt eine Erklärung vom 23. September 1899 (B.-B. 1899 IV, S. 1030 und O. S. N. F. XVII, S. 370 ff.), die an die Stelle der früheren von 1890 (O. S. N. F. XI, S. 729) getreten ist. Sie lautet:

> Art. 1. Schweizer, welche mit Italienerinnen in Italien und Italiener, welche mit Schweizerinnen in der Schweiz eine Ehe abschliessen wollen, sollen in Zukunft, wenn sie ihre Staatsangehörigkeit nachgewiesen haben, nicht mehr verpflichtet sein, durch Vorlegung von Attesten ihrer bezüg-

lichen Heimatbehörden darzutun, dass sie ihre Staatsangehörigkeit durch die Eheschliessung auf ihre zukünftige Ehefrau und ihre in der Ehe geborenen Kinder übertragen und dass sie demgemäss nach eingegangener Ehe samt ihrer vorgedachten Familie von ihrem Heimatstaate auf Erfordern wieder werden übernommen werden.

Art. 2. Die beiderseitigen Angehörigen sind jedoch verpflichtet, eine Bescheinigung ihrer zuständigen Landesbehörde darüber vorzulegen, dass der Abschliessung der Ehe nach dem bürgerlichen Rechte ihrer Heimat kein bekanntes Hindernis entgegensteht.

Diese Bescheinigung wird durch die Zivilstandsbeamten, welche die Verkündung der Ehe vollzogen haben, mittelst einer Erklärung auf dem Verkündschein ausgestellt, dahin lautend:

„Der Zivilstandsbeamte von .... erklärt, dass er, ohne dass irgendwelche Einsprache erhoben worden ist, die Verkündung der Ehe .... vorgenommen hat und dass dem Vollzuge dieser Ehe nach .... Gesetzen nichts im Wege steht“.

Die Beglaubigung der Unterschriften der schweizerischen und italienischen Zivilstandsbeamten durch die zuständigen schweizerischen und italienischen Behörden schliesst die Erklärung in sich, dass die Zivilstandsbeamten zur Ausstellung der erwähnten Bescheinigung befugt sind.

3. Ist der Bräutigam ein Deutscher und in der Schweiz domiziliert — eine bestimmte Zeitdauer ist gesetzlich nicht verlangt — so bedarf es der bisher in Art. 31 Abs. 4 Z. E.-G. verlangten Erklärung nicht. Unbedingt wird aber daran festgehalten, wenn

a) der Bräutigam in Deutschland wohnt oder wenn

b) nur die Braut in der Schweiz wohnt.

Die deutschen Behörden entsprechen den in Art. 31 enthaltenen Voraussetzungen. — Weiter ist zu verweisen auf das Kreisschreiben des Bundesrates betreffend die Verehelichung von Deutschen in der Schweiz und von Schweizern in Deutschland vom 20. September 1901 (B.-B. 1901 IV, S. 245—254).

Anmerkungen.

1. Nach dem Kreisschreiben des Bundesrates vom 8. Januar 1906 ist zur Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen für Elsass-Lothringen zuständig der I. Staatsanwalt bei dem Landgericht, zu dessen Bezirk der Heimatsort des Verlobten gehört.

Der I. Staatsanwalt bei einem elsässischen Landgericht lehnte die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses ab und erklärte, „dass auch die Standesbeamten zur Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses zuständig sind". Darauf wurde des näheren folgendes festgesetzt (Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung VII, S. 22):

> Nach den in Elsass-Lothringen geltenden Bestimmungen ist deutschen Reichsangehörigen, die zum Zwecke einer in der Schweiz zu schliessenden Ehe das Aufgebot beantragen, über dessen Bekanntmachung vom Standesbeamten eine Bescheinigung zu erteilen, welche die Feststellung enthält, dass Ehehindernisse nicht zu seiner Kenntnis gekommen sind. Dagegen ist das Ehefähigkeitszeugnis vom I. Staatsanwalt zu erteilen, wenn seine Ausstellung ohne gleichzeitiges Nachsuchen des Aufgebotes beantragt wird.

2. Die Zulässigkeit der Eingehung einer Ehe von seiten eines Ausländers in Deutschland kann nach B. G.-B., § 1315, Abs. 2, durch die Landesgesetze von der Beibringung einer Erlaubnis oder eines Zeugnisses abhängig gemacht werden. Vorschriften in dieser Beziehung enthalten z. B. die A.-G. zum B. G.-B. für Preussen Art. 43, Württemberg Art. 256, Baden Art. 32, Hessen Art. 104, ferner das Bayerische Heimatgesetz Art. 34, die sächs. V. v. 12. Juli 1899, § 7. Vgl. Planck, a. a. O., S. 57.

§ 26. Die ordentliche Form der Eheschliessung.

I. *Die Ehe ist bezüglich der Form im Konventionsgebiete überall als gültig anzuerkennen, wenn sie dem Gesetze des Landes, in welchem die Eheschliessung erfolgt ist, entspricht.*

1. Bezüglich der Form der Eheschliessung herrscht der grosse Gegensatz zwischen kirchlicher Eheschliessung und Zivilehe. Die Staaten, die der Konvention angehören, haben, ausser Schweden und Portugal, alle die reine obligatorische Zivilehe, Italien allerdings mit der Modifikation, dass die kirchliche Trauung auch *vor* der Ziviltrauung nicht verboten ist. *Schweden* hat prinzipiell kirchliche Eheschliessung; die Zivilehe besteht nur für die aus der lutherischen Kirche Ausgetretenen, bei Ehen zwischen Juden und Christen, sowie zwischen Christen, die keine trauberechtigte Geistlichkeit haben. Bei Ehen zwischen Angehörigen verschiedener christlicher Kirchen, von denen eine oder beide trauberechtigte Geistliche haben, besteht die Wahl zwischen Zivilehe und kirchlicher Trauung. *Portugal* hat für

Katholiken kirchliche Eheschliessung, sonst Zivilehe. Vgl. Leske u. Löwenfeld, S. 1000—1011.

Trotzdem so fast alle Konventionsstaaten die obligatorische Zivilehe haben, hat der Gegensatz zwischen rein weltlicher und kirchlicher Auffassung der Ehe in den Normen der Konvention tiefe Spuren hinterlassen, wie schon bei dem materiellen Eherecht, so auch bei der Frage der Form. Diese Erscheinung liegt auch hier in der bereits erwähnten Tatsache begründet, dass bei der Beratung und Ausgestaltung der Konventionsnormen Vertreter von solchen Staaten mit kirchlicher Eheschliessung sich intensiv beteiligt haben, die schliesslich der Konvention nicht beigetrten sind, wie z. B. Russland, Spanien, oder die wenigstens bis jetzt den Anschluss noch nicht erklärt haben (Österreich-Ungarn).

2. Die Staaten mit Zivilehe einerseits, die Staaten mit kirchlicher Eheschliessung andrerseits gehen von zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus: die ersteren wollen die ausschliessliche Hoheit der weltlichen Behörden *auf ihrem Staatsterritorium* unbedingt wahren, was ausserhalb ihres Territoriums sich abspielt, ist ihnen grundsätzlich gleichgültig (vgl. z. B. Art. 39, 40 Z. E.-G. in Verbindung mit Art. 25, Abs. 3 eod.).

Die Staaten mit kirchlicher Eheschliessung gehen dagegen von einem *personalen* Momente aus: sie wollen sich grundsätzlich nicht nur die auf ihrem Territorium, sondern die *wo immer* von ihren nationalen Konfessionsgenossen abgeschlossenen Ehen unterwerfen. So forderte z. B. Russland an der Haager Konferenz, dass eine im Ausland mit Umgehung der nach dem nationalen Recht gebotenen kirchlichen Form von orthodoxen Russen geschlossene Ehe *schlechthin* nichtig sein sollte, selbst in dem Staate, in dem und nach dessen Form die Ehe geschlossen wurde.

Diese verschiedenen Ausgangspunkte mussten natürlich in der von der Konvention aufgestellten Kollisionsnorm betreffend die Eheschliessungsform zum Ausdruck gelangen.

3. Art. 5 enthält in Abs. 1 die Regel. Hiernach ist in Ansehung der Form die Ehe überall als gültig anzuerkennen, wenn die Eheschliessung dem Gesetze des Landes, in welchem sie erfolgt ist, entspricht. Man hat also grundsätzlich die Regel locus regit actum sanktioniert.

II. *Die aufgestellte Regel ist jedoch nach zwei Richtungen in ihrer traditionellen Bedeutung eingeschränkt.*

1. Richtig verstanden bedeutet l. r. a. nicht die obligatorische Geltung der am locus actus geltenden Form. Vielmehr bedeutet der Satz: die Beobachtung der Form am locus actus *genügt,* es ist nicht die Beobachtung der Form desjenigen Rechtes erforderlich, dem der betreffende Rechtsakt auch materiell untersteht. Wird aber diese letztere Form beobachtet, so ist natürlich der Akt erst recht gültig.

In diesem Sinn die Regel l. r. a. zu statuieren war der Konvention unmöglich. — Das die Beobachtung der Form am Orte des Eheabschlusses unter *allen* Umständen *genügen* soll, darauf konnten aus dem oben erörterten Grunde die Staaten mit *kirchlicher* Eheschliessung nicht eingehen. Und dass die Beobachtung der Form erlaubt sein solle, der die Ehe materiell untersteht, darauf konnten wieder die Staaten mit Zivilehe nicht eingehen. So kann die Schweiz z. B. angesichts Art. 40 Z. E.-G. nicht dulden, dass russische Ausländer, deren Ehe materiell dem russischen Rechte untersteht, in der Schweiz auch nur die russische kirchliche Form beobachten.

Wenn also die Konvention zwar als Prinzip den Satz locus regit actum als überstaatliche Norm anerkennt, so stellt sie doch in einigen genau spezialisierten Ausnahmefällen auf das nationale Recht der Nupturienten ab, jedoch ist in diesen Fällen die Geltung des nationalen Rechts nicht obligatorisch, nicht völkerrechtlich bindend, sondern es handelt sich nur um eine Permissivnorm: es bleibt dem nationalen Staat überlassen, ob er seine Bestimmungen zur Anwendung bringen will oder nicht.

2. Hiernach *kann* das nationale Recht in zwei Richtungen eingreifen:

a) Länder, deren Gesetzgebung eine religiöse Trauung vorschreibt, brauchen die von ihren Angehörigen unter Nichtbeobachtung dieser Vorschrift im Ausland eingegangenen Ehen nicht als gültig anzuerkennen. Es liegt also hierin lediglich eine Fakultät zu gunsten des nationalen Rechts, nicht eine überstaatliche oder obligatorische Norm. Und wenn das nationale Recht von dieser Fakultät Gebrauch macht, so kann doch die Ungültigkeit der Ehe nur für den nationalen Staat der Nupturienten statuiert werden. Für alle anderen

Staaten, also auch diejenigen mit *kirchlicher* Eheform, ist diese Ehe kraft der prinzipiellen Geltung der überstaatlichen Norm locus regit actum gültig. Würde also z. B. ein Spanier unter Nichtbeobachtung der von seinem nationalen Recht vorgeschriebenen kirchlichen Form in Deutschland eine Ehe schliessen, so könnte zwar Spanien die Anerkennung dieser Ehe ablehnen, sonst aber kein anderer Staat, z. B. auch nicht Österreich, obgleich auch es die kirchliche Eheform für Katholiken kennt.

Die Konvention hat hier mit Recht das Verhältnis des Heimatstaates und dasjenige dritter, nicht beteiligter Staaten zu der fraglichen Ehe auseinandergehalten.

Ob das nationale Recht die Ehe als nichtig betrachten will, hängt, wie schon bemerkt, von seinen eigenen Kollisionsnormen ab. Die Staaten werden sich in dieser Frage verschieden gruppieren, man wird vielleicht bei Ehen von Angehörigen der Staatsreligion die Nichtigkeit eher aussprechen als bei Ehen von Angehörigen anderer Konfessionen, die auswärtige Zivilehe dann eher anerkennen, wenn auch das nationale Recht (wie z. B. Schweden) neben der kirchlichen eine zivile Eheform kennt usw.

b) wie zu gunsten der religiösen Eheform, so lässt die Konvention auch für die Ziviletheform des nationalen Rechts der Nupturienten eine gewisse Eingriffsbefugnis offen. Nach Art. 5, Abs. 3, Satz 1 müssen die Vorschriften des Gesetzes des nationalen Staates über das Aufgebot beachtet werden. Darüber ist speziell zu reden.

3. Die Vorschriften über das Aufgebot sind im allgemeinen als gewöhnliche Formalität anzusehen. Allein es besteht auch eine andere Auffassung. Indem die Konvention den Satz des Art. $5,_3$ aufnahm, wollte sie einem Wunsche Frankreichs entgegenkommen. Die Aufgebotsvorschriften des Art. 170 C. c. werden nämlich nicht als Formvorschrift, sondern als „question de fond" aufgefasst. Immerhin ist sofort beizufügen, dass die Unterlassung des Aufgebots einer im Auslande abgeschlossenen Ehe eines Franzosen (oder eines Belgiers) nach der herrschenden Doktrin regelmässig keine Nichtigkeit zur Folge hat, sondern nur dann, wenn eine absichtliche Verheimlichung vorliegt

(Leske und Löwenfeld, 299, Note 5). In allen anderen Staaten gilt ohnehin der Mangel des Aufgebotes nur als ein aufschiebendes und nicht als ein trennendes Hindernis.

Wenn nun Art. $5,_3$ in die Konvention aufgenommen worden ist, so muss immerhin betont werden, dass diese Vorschrift nicht von grosser Bedeutung ist.

a) Damit ist nicht etwa eine Verpflichtung des Eheschliessungsstaates begründet worden, das Aufgebot im Nationalstaate der Nupturienten zu bewirken, — dies ist Sache der letzteren, wie dies auch in der deutschen Denkschrift (S. 35) betont worden ist. Es heisst dort:

Der Absatz 3 gewährt dem Heimatstaate das Recht, die Beachtung seiner Vorschriften über das Aufgebot auch bei der Eheschliessung seiner Angehörigen im Auslande zu verlangen und eine unter Nichtbeachtung dieser Vorschriften geschlossene Ehe als nichtig zu behandeln. Diese Bestimmung soll indes nicht etwa eine vertragsmässige Verpflichtung des Eheschliessungsstaats begründen, sondern nur die Verlobten selbst zur Befolgung ihres Heimatgesetzes verpflichten; ein entsprechender Vorbehalt ist aufgenommen worden, weil das Aufgebot zu den Förmlichkeiten der Eheschliessung gerechnet wird, so dass an sich nur die Vorschriften des Eheschliessungsortes, nicht aber die des Heimatrechts der Verlobten zu befolgen sein würden.

Wenn also ein Staat nur eine bestimmte Förmlichkeit kennt, welche für das Aufgebot von Ehen besteht, so wird er eben nur diese anwenden. In Deutschland findet das Aufgebot während zwei Wochen statt (§ 96 des Personenstandsgesetzes) mit der Möglichkeit der Befreiung, womit auch Abkürzung gemeint ist (§ 1316 B. G.-B.). In der Schweiz beträgt die Verkündfrist 10 Tage.

b) Es hängt von den Kollisionsnormen des nationalen Staates ab, ob die Nichtbeachtung der Aufgebotsvorschriften Nichtigkeit der Ehe zur Folge haben solle oder nicht. Es liegt also in Art. $5,_3$ wiederum keine überstaatliche Imperativnorm vor.

c) Sofern der nationale Staat die Nichtigkeit der Ehe statuiert, ist diese Rechtsfolge auf sein Gebiet beschränkt (Art. $5,_3$

Satz 2). Mit anderen Worten: Es wird auch hier (wie dann, wenn es sich um eine Verletzung der kirchlichen Form handelt) bei der fraglichen Ehe unterschieden zwischen dem Verhältnis des nationalen Staates und dritter unbeteiligter Staaten. Für die letzteren wird (unter dem Einfluss des favor matrimonii) der Satz locus regit actum als überstaatliche Norm aufrecht erhalten.

Anmerkungen.

1. Während in Italien trotz der obligatorischen Zivilehe die kirchliche Trauung auch *vor* der Ziviltrauung nicht verboten ist, trifft nach deutschem und schweizerischem Recht einen Geistlichen, der die kirchliche Feierlichkeit vor dem Nachweis der bürgerlichen Trauung vornimmt, Strafe. Vgl. § 67 des Reichsgesetzes betr. die Eheschliessung und die Beurkundung des Personenstandes, sowie Art. 40 in Verbindung mit Art. 59 Ziff. 2, Z. E.-G. Vgl. jetzt auch Art. $118,_2$ Z.-G.-B.

2. Ebenso wie die Vorschriften über das Aufgebot werden diejenigen über die sog. actes respectueux zu behandeln sein. Nach dem französischen C. c. und den ihn nachahmenden Rechten, z. B. Rumänien (Leske und Löwenfeld, S. 866) sollen Kinder, welche das 25. bezw. 21. Altersjahr überschritten haben, und daher der Zustimmung der Eltern oder Grosseltern zur Eheschliessung nicht mehr bedürfen, dennoch deren Rat einholen, und zwar durch einen von einem Notar aufgenommenen Akt der Ehrerbietung. Wird die Zustimmung nicht erteilt, so muss der Akt zweimal im Abstand von je einem Monat wiederholt werden, und wenn sie auch dann nicht erfolgt, kann nach Ablauf eines Monats seit dem letzten Akt zur Eheschliessung geschritten werden. Ist der Sohn über 30, die Tochter über 25 Jahre alt, so braucht der Akt nur einmal vorgenommen zu werden, und es kann trotz mangelnder Zustimmung zur Eheschliessung geschritten werden (Art. 151 ff. C. c.). Diese Vorschriften bilden keine materiellen Ehehindernisse, sondern sind Formvorschriften. Es gilt daher auch für sie der Satz locus regit actum im oben erörterten Sinne. Allerdings ist die französische Judikatur auch hier, wie bei den Aufgebotsvorschriften, geneigt, eine im Ausland abgeschlossene Ehe als nichtig anzusehen, wenn ein Teil absichtlich und heimlich den Ehrerbietungsakt unterlässt. Vgl. Leske & Löwenfeld, S. 299, N. 5.

3. Die einfachste Lösung des Konfliktes zwischen kirchlicher und rein staatlicher Eheform wäre die Beseitigung des Unterschiedes. Allein damit wäre sofort das Schicksal der Haager Konferenz besiegelt gewesen.

Gleichwohl ist in der Literatur getadelt worden, dass der Gegensatz nicht überwunden worden ist. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Auflage, II, 2. Abt. (Familienrecht) 1908, S. 95 meint temperamentvoll: Diese widersinnige territorial oder staatlich begrenzte Gültigkeit und Nichtigkeit wäre nur dann zu überwinden, wenn der Widerstreit zwischen Zivilehe und kirchlicher Trauung einheitlich gelöst würde; dazu sind internationale Vereinbarungen des bisher üblichen Schlages aber nicht imstande.

4. Über Art. 5 finden sich einige Bemerkungen im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XI, S. 317/8.

5. Portugal hat nach Einführung der Republik durch Gesetz vom 3. November 1910 die Ehescheidung dem Bande nach eingeführt (B.-B. 1911 I, S. 432). Hingegen ist, laut Mitteilung des portugiesischen Konsulats in Zürich, die Durchführung der allgemeinen obligatorischen Zivilehe zwar einer der Programmpunkte der neuen Regierung, sie ist jedoch noch nicht in Kraft getreten.

6. Von der k. u. k. österreich-ungarischen Gesandtschaft ist dem eidg. Justiz- und Polizeidepartement betreffend Verkündung in Kroatien-Slavonien folgende Mitteilung gemacht worden, welche die Angaben unter Ziffer 1 auf Seite 155 der Nachträge zum Handbuch für die schweizerischen Zivilstandsbeamten ergänzt:

Ist der (kroatische) Bräutigam römisch-katholischer Religion und lebt er über ein Jahr ausserhalb der Länder Kroatien-Slavonien, so ist laut § 74 des Ehegesetzes für Katholiken und des § 63 der Instruktion für geistliche Gerichte in Ehesachen (kaiserliches Patent vom 8. Oktober 1856, Zusatz I und II, Reichsgesetzblatt Nr. XLVI, Z. 185) ein Aufgebot seiner beabsichtigten Ehe in seinem Heimatsorte nicht erforderlich.

Ist er aber Angehöriger der griechisch-orientalischen Religion oder einer evangelischen Konfession oder Israelit, so genügt nach § 72 des in Kroatien-Slavonien adoptierten allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches ein nur sechswöchentlicher Aufenthalt ausserhalb Kroatiens-Slavoniens, um das Aufgebot seiner Ehe in seinem Heimatsorte nicht erforderlich zu machen. (B.-B. 1911. I. S. 432 Nr. 15.)

§ 27. Die sogenannten diplomatischen und Konsularehen.

Sauer, S. 314—376.
Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 411 ff.

Neben der normalen Form der Eheschliessung vor den ordentlichen, zu der Trauungsfunktion bestimmten internen Behörden (zivilen oder kirchlichen) besteht eine ausserordentliche Form der Eheschliessung.

1. Es handelt sich zunächst um die Eheschliessung von im Auslande wohnenden Staatsangehörigen, die von diplomatischen und konsularischen Vertretern ihres Heimatstaates (des sog. Absendestaates) an ihrem Amtssitz (im sog. Empfangsstaat) vollzogen wird. Die Stellung, welche die Rechte der Konventionsstaaten zu den sog. diplomatischen Ehen einnehmen, ist eine verschiedene.

a) Die diplomatischen Vertreter von *Schweden* im Ausland sind zur Vornahme von Eheschliessungen schwedischer Staatsangehöriger nicht ermächtigt. Vgl. Sauer, S. 365, Leske und Löwenfeld, S. 482.

Bezüglich *Portugal* besteht eine Kontroverse. Nach der Meinung von de Sà sind die diplomatischen Vertreter und die Konsuln Portugals im Ausland nicht ermächtigt, Ehe-

schliessungen portugiesischer Staatsangehöriger vorzunehmen; die Konsuln können vielmehr nur, insofern sie als Notare fungieren, Eheverträge von Portugiesen aufnehmen, sowie die nach den Gesetzen des betreffenden Landes aufgenommenen Heiratsurkunden legalisieren. Vgl. de Sá bei Leske und Löwenfeld, S. 407.

Nach der entgegengesetzten Ansicht können die diplomatischen Vertreter und Konsuln Portugals im Auslande bei Eheschliessungen die Funktionen des Standesbeamten ausüben, wenn beide Verlobte portugiesische Staatsangehörige sind. Vgl. Sauer, S. 360; Kahn, a. a. O. S. 411.

b) Abgesehen von Schweden und Portugal geben alle Konventionsstaaten ihren diplomatischen Vertretern und Konsuln im Ausland die Ermächtigung zur Vornahme der Eheschliessung. Hierbei ist wieder eine Unterscheidung zu machen.

Einige Staaten beschränken diese Ermächtigung auf den Fall, dass *beide* Nupturienten Staatsangehörige sind, so die Niederlande, Portugal und Rumänien.

Andere Staaten geben den diplomatischen und konsularischen Vertretern die Kompetenz zur Vornahme der Eheschliessung auch dann, wenn nur einer der Nupturienten Staatsangehöriger ist, so Deutschland, die Schweiz, Frankreich, Belgien, Italien und Ungarn. Hierbei besteht in Italien und Ungarn diese Kompetenz ipso jure auf Grund desGesetzes, während in Deutschland, der Schweiz, Frankreich und Belgien die Erteilung der Ermächtigung seitens der heimatlichen Zentralbehörde für die auswärtigen Angelegenheiten erforderlich ist. Es ist speziell hinzuweisen:

α) auf Art. 170 des *französischen* C. c., modifiziert durch das Gesetz vom 29. November 1901; derselbe bestimmt:

Le mariage contracté en pays étranger entrefrançais et entre français et étrangers sera valable, s'il a été célébré dans les formes usités dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63 au titre des actes de l'état civil et que le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger

entre un français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises.

Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décret du président de la République.

Durch Dekret vom 29. Dezember 1901 sind zur Eheschliessung zwischen Franzosen und Ausländerinnen die diplomatischen und konsularischen Vertreter Frankreichs in der Türkei, Persien, Ägypten, in Marokko, Siam, China und Korea autorisiert worden. Vgl. jetzt auch das Zirkular des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten vom 14. Januar 1902, abgedruckt in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XII, S. 542.

β) auf das *belgische* Gesetz vom 20. Mai 1882, das den Art. 170 C. c. durch folgende Bestimmungen ersetzt hat:

Eheschliessungen im Auslande zwischen belgischen Staatsangehörigen untereinander oder zwischen belgischen Staatsangehörigen und Ausländern erfolgen in den in dem betreffenden Lande gebräuchlichen Formen.

Eheschliessungen zwischen belgischen Staatsangehörigen können auch durch die diplomatischen Vertreter oder Konsuln Belgiens nach Massgabe des belgischen Gesetzes erfolgen.

Die diplomatischen Vertreter oder Konsuln Belgiens können durch den Minister der auswärtigen Angelegenheiten auch die besondere Ermächtigung zur Vornahme von Eheschliessungen zwischen belgischen Staatsangehörigen und Ausländerinnen erhalten. Vgl. Leske u. Löwenfeld, S. 313.

γ) auf das Gesetz betr. die Eheschliessung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Auslande vom 4. Mai 1870, das durch § 85 des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6. Februar 1875 aufrecht erhalten wurde. Dieses Gesetz bestimmt:

§ 1.

Der Bundeskanzler kann einem diplomatischen Vertreter des Bundes für das ganze Gebiet des Staates, bei dessen Hof oder Regierung derselbe beglaubigt ist, und einem Bundeskonsul für dessen Amtsbezirk die allgemeine Ermächtigung erteilen, bürgerlich gültige Eheschliessungen von Bundesangehörigen vorzunehmen und die Geburten, Heiraten und Sterbefälle von Bundesangehörigen zu beurkunden.

§ 10.

Die vorstehenden Bestimmungen über die Eheschliessung (§§ 3—9) finden auch Anwendung, wenn nicht beide Verlobte, sondern nur einer derselben ein Bundesangehöriger ist.

δ) auf Art. 13 des Schweiz. Z. E.-G. Derselbe bestimmt:

Der Bundesrat kann da, wo er es für angemessen erachtet, die diplomatischen und konsularischen Vertreter der Eidgenossenschaft im Auslande ermächtigen, Geburten und Todesfälle schweizerischer Angehöriger zu erwahren und Ehen zwischen Schweizern unter sich, sowie Ehen zwischen Schweizern und Ausländern abzuschliessen.

Er wird zu diesem Zweck auf Grundlage dieses Gesetzes die nötigen Reglemente und Verordnungen erlassen.

An die Stelle des Art. 13 Z.-E.-G. tritt vom 1. Januar 1912 an Art. $41_{,3}$ Z. G.-B. Derselbe bestimmt:

Der Bundesrat kann die Vertreter der Schweiz im Ausland mit den Obliegenheiten eines Zivilstandsbeamten betrauen.

Hiermit ist zu vergleichen § 50 der Verordnung über die Zivilstandsregister vom 25. Februar 1910 (O. S. N. F. XXVI, S. 905 ff.). Derselbe bestimmt:

Der Bundesrat kann die diplomatischen oder konsularischen Vertreter der Schweiz im Auslande allgemein oder für einzelne Fälle mit den Obliegenheiten eines Zivilstandsbeamten betrauen (Z.-G.-B. 41 Abs. 3).

Er ist ihre Aufsichtsbehörde und erteilt ihnen die nötigen allgemeinen oder besonderen Weisungen.

Die schweizerischen Konsulate im Auslande haben sich für die richtige Beurkundung der Zivilstandsfälle von Schweizern durch die dortigen Behörden zu verwenden und die Zivilstandsurkunden an die schweizerische Heimatbehörde beglaubigt zu übermitteln.

Der Bundesrat erteilt im allgemeinen nur Spezialvollmachten. Nach Bundesratsbeschluss vom 3. Dezember 1906 hat jedoch der schweizerische Gesandte für Japan und stellvertretungsweise der jeweilige Sekretär der Gesandtschaft generelle Vollmacht, in Tokio und in Yokohama die zivilstandsamtlichen Funktionen auszuüben. Vgl. Egger a. a. O., Nr. 4.

Abgesehen hiervon hat der Bundesrat die bezügliche Ermächtigung auch dem Schweizer Konsul in Buenos Ayres erteilt. Der Schweizer Konsul in Manila, der früher standesamtliche Funktionen vornehmen durfte (B.-B. 1889 II, S. 734) hat sie heute nicht mehr.

Ausserdem ist eine grosse Anzahl *deutscher* Konsulate zur Vornahme von Eheschliessungen von Schweizern ermächtigt; ein Verzeichnis der Konsulate findet sich B.-B. 1879, II, S. 658. Vgl. auch Handbuch für die schweiz. Zivilstandsbeamten S. 274, Ziff. 114 b.

2. Von der Frage, ob und inwieweit ein Staat seine eigenen diplomatischen Vertreter und Konsuln ermächtigt, in ihrem ausländischen Residenzstaat die Eheschliessung von Staatsangehörigen zu vollziehen, ist die andere Frage wohl zu unterscheiden, ob und inwieweit er selbst auf seinem eigenen Territorium derartige Funktionen auswärtiger diplomatischer Vertreter und Konsuln dulden will. Die Stellung der einzelnen Rechtssysteme ist hier verschieden.

a) Im Rechtsgebiet des Code civil wird die standesamtliche Funktion der auswärtigen Vertreter, wenn es sich um Ehen der eigenen Staatsangehörigen handelt, bezw. keiner der Nupturienten Inländer ist, regelmässig anerkannt. Vgl. Kahn, a. a. O., S. 411 ff.

b) Auf einem anderen Boden steht z. B. das *Deutsche Reich*. Wie es seine diplomatischen Vertreter und Konsuln nur in Ländern mit völlig fremdartiger Kultur oder mit streng kirchlichem Eherecht zur Eheschliessung ermächtigt, so lässt es, da diese

Voraussetzungen im Reiche selbst nicht zutreffen, auf dessen Territorium die diplomatische Eheschliessung überhaupt nicht zu. Galt dies schon früher, so ist es nun auch positiv sanktioniert durch Art. 13 Abs. 3 E.-G. zum B. G.-B. Derselbe bestimmt ganz allgemein:

> Die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, bestimmt sich ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen.

c) Das gleiche wie für Deutschland gilt für die *Schweiz*; die vor dem Konsul eines auswärtigen Staates in der Schweiz vollzogene Eheschliessung wird nicht anerkannt; vgl. Handbuch für die Schweiz. Zivilstandsbeamten (1901), S. 321, Ziff. 203, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer IX, S. 266, Botschaft B.-B. 1904 V, S. 869). Vgl. auch Egger, Kommentar zum Schweiz. Z.-G.-B. Nr. 4 zu Art. 41.

In der Schweiz ist das Verbot der diplomatischen Eheschliessung nunmehr in das positive Recht übergegangen; denn Art. 61 Ziff. 7 c, Abs. 2 des Schl.-T. zum Z.-G.-B. bestimmt allgemein:

> Die Form einer in der Schweiz erfolgenden Eheschliessung bestimmt sich nach schweizerischem Recht.

d) Vorbehalten sind natürlich die *Staatsverträge*. So hat das Deutsche Reich diesbezügliche Staatsverträge mit verschiedenen Staaten abgeschlossen. Vgl. Sauer, S. 271, 307.

Hiervon gehört zu den Konventionsstaaten nur *Italien*. Der Zusatzvertrag zum Konsulvertrag vom 4. Mai 1891 zwischen dem Deutschen Reich und Italien bestimmt in Art. 1:

I rispettivi Consoli generali, Consoli e Viceconsoli hanno il diritto, in quanto vi sono autorizzati dalle leggi dello Stato che li ha nominati alla celebrazione dei matrimoni fra i sudditi di questo stesso Stato, e di rilasciare gli atti comprovanti la celebrazione del matrimonio.	Die beidseitigen Generalkonsuln, Konsuln und Vizekonsuln haben, soweit sie nach den Gesetzen des vertragschliessenden Teils, der sie ernannt hat, dazu befugt sind, das Recht, Eheschliessungen zwischen Angehörigen dieses Teiles vorzunehmen und solche Eheschliessungen zu beurkunden.

e) Über die Verpflichtung der Konventionsstaaten, die diplomatische Eheschliessung gemäss Art. 6 Abs. 1, Satz 2 auf ihrem Territorium zu dulden, vgl. den folgenden § 28.

Anmerkung.

Die grossbritannische Gesandtschaft kam neuerdings (vgl. B.-B. 1905, I, S. 683, Ziff. 7) auf die Frage zurück, welche Stellung die Schweiz zu den auf ihrem Territorium durch fremde (speziell britische) Konsuln vorgenommenen Trauungen einnehme und wünschte zu erfahren, auf welche Gesetzesbestimmungen gestützt der Bundesrat die von britischen Konsuln in der Schweiz abgeschlossenen Ehen nicht anerkennen wolle.

Der Bundesrat erwiderte darauf im Sinne seiner Noten vom 8. Juli 1887 und 15. Dezember 1904, dass es Sache des schweizerischen Rechtes sei, zu bestimmen, in welcher Form auf eidgenössischem Gebiete Ehen abzuschliessen sind. Das Zivilstandsgesetz übertrage die Befugnis zum Abschlusse solcher Ehen ausschliesslich den schweizerischen Zivilstandsbeamten. Unter diesen Umständen könne nicht zugegeben werden, dass eine auswärtige Macht auf Grund ihrer internen Gesetzgebung auf schweizerischem Territorium Funktionen ausübe, die nach schweizerischem öffentlichem Rechte nur von ganz bestimmten schweizerischen Beamten ausgeübt werden sollen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze müsste in Form eines internationalen Vertrages expressis verbis statuiert sein. Ein solcher bestehe aber zwischen der Schweiz und Grossbritannien nicht. Die Vornahme von Eheschliessungen durch fremde Konsuln in der Schweiz stelle einen Eingriff in die Hoheitsrechte der Eidgenossenschaft dar, und der Bundesrat müsse darauf bestehen, dass die bei ihm akkreditierten fremden Konsuln sich solcher Funktionen enthalten.

In einer spätern Note teilte die Gesandtschaft dem Bundesrate mit, dass die britischen Konsuln in der Schweiz Weisungen erhalten würden, welche der Auffassung des Bundesrates Rechnung tragen. Vgl. B.-B. 1911, I, S. 431, Nr. 12.

§ 28. Die Requisite der konventionsmässigen Geltung der diplomatischen Eheschliessung.

I. *Das verschiedene Mass der Anerkennung, das die einzelnen Staaten den diplomatischen bezw. konsularischen Ehen zuteil werden lassen, erforderte die Aufstellung einer internationalen Kollisionsnorm. Dies ist der Zweck von Art. 6 der Konvention.*

Art. 6 stellt die Requisite auf, die zu erfüllen sind, damit eine diplomatische oder konsularische Ehe im ganzen Konventionsgebiet als gültig anerkannt werde.

1. *Negativ:* keiner der Verlobten darf dem Staate angehören, wo die Ehe geschlossen wird. Hingegen ist von *Konventions wegen* nicht erforderlich, dass *beide* Verlobte dem gleichen Staate, d. h. dem Absendestaat des betreffenden Diplomaten oder Konsuls angehören.

Ob der betreffende Vertreter Eheschliessungen nur zwischen Angehörigen *seines* Staates vornehmen darf (wie z. B. nach französischem Recht) oder ob er sich damit begnügen darf, wenn wenigstens *einer* der Nupturienten seinem Staat angehört (wie nach dem oben zitierten Art. 13 Z. E.-G.), das hängt von dem speziellen internen, für den betreffenden Beamten massgebenden Konsularrechte ab. Die Konvention stellt hier nur eine rein negative Schranke auf.

2. Die Ehe muss vor dem betreffenden diplomatischen oder konsularischen Vertreter „gemäss *seiner* Gesetzgebung" geschlossen werden, d. h.

a) er muss nach seinem nationalen Gesetz grundsätzlich hierzu kompetent sein.

b) es müssen die speziellen materiellen Bedingungen *seines* Konsularrechts vorhanden sein. Hierher gehört auch die eben berührte Frage der Nationalität der Nupturienten.

c) es muss die durch das spezielle Konsularrecht vorgeschriebene *Form* beobachtet werden.

3. Der Empfangs- oder Residenzstaat des diplomatischen oder konsularischen Vertreters, wo die Ehe geschlossen wird, darf der Eheschliessung nicht „widersprechen". Die Zulässigkeit dieses „Widersprechens" (im französischen Text „s'y opposer") bezieht sich nicht etwa nur auf die Form der diplomatischen oder konsularischen Ehe als solche bezw. die staatsrechtliche Funktion des betreffenden Diplomaten oder Konsuls, sondern auch auf den ganzen Umfang des materiellen Eherechts, soweit der lex loci actus überhaupt eine *prohibitive* Eingriffsbefugnis verliehen ist (d. h. gemäss Art. 2 der Konvention). Dies folgt nicht nur aus der Natur der Sache: denn ohne diese Bestimmung könnten die prohibitiven Eingriffsbefugnisse des Staates der Eheschliessung illusorisch gemacht werden, indem von den Nupturienten eben nicht seine staatlichen Behörden, sondern die betreffenden nationalen Diplomaten oder Konsuln angegangen würden. Es folgt auch arg. a contrario aus dem 2. Satz von Art. 6. Hiernach kann vom Residenzstaat ein solcher Widerspruch nur dann nicht erhoben werden, wenn es sich um eine Ehe handelt, die mit Rücksicht auf eine „vormalige Ehe" oder auf ein „Hindernis religiöser Natur" gegen seine Gesetze verstossen würde (vgl. auch Art. 2 letzter Absatz).

Der Grund für diese Bestimmung liegt darin, dass ohne sie wegen

der Prohibitivgesetze des Eheschliessungsortes die Eheschliessung vor den lokalen Staats- bezw. Kirchenbehörden unmöglich wäre.

Die Bestimmung wurde als Konzession für die Norm des Art. 2, Abs. 3 angenommen, woselbst Art. 6 zitiert wird. Kein Vertragsstaat kann darnach Konsularehen entgegentreten, sofern die betreffenden Requisite vorliegen, obschon die Eheschliessung den kirchlichen Eheverboten widerspricht.

II. *Ist eine diplomatische oder konsularische Ehe unter Beobachtung aller vorgenannten Requisite abgeschlossen worden, so ist sie im ganzen Konventionsgebiet als gültig anzuerkennen.*

Immerhin ist auch hier wie bei der ordentlichen Form der Eheschliessung die allgemeine und *überstaatliche* Geltung des Satzes locus regit actum in einem gewissen Masse eingeschränkt: nach Art. 6 Abs. 2 findet auch auf die diplomatischen oder konsularischen Eheschliessungen der Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 Anwendung, d. h. die Länder, deren Gesetzgebung eine religiöse Trauung vorschreibt, *brauchen* die von ihren Angehörigen unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift im Auslande eingegangenen Ehen nicht als gültig anzuerkennen.

§ 29. Die Folgen formwidriger Eheschliessung.

I. *Bei Verletzung der durch die lex patriæ vorgeschriebenen Form richtet sich die Sanktion gleichfalls nach der von der nationalen Gesetzgebung aufgestellten Kollisionsnorm. Diese Sanktion bleibt auf das Gebiet des Heimatstaates beschränkt, im übrigen gilt der Satz: locus regit actum (Art. 5, Abs. 2 und 3).*

Es ist hier auf die Ausführungen des § 26 II a und b zu verweisen.

II. *Bei Verletzung der durch die lex loci celebrationis vorgeschriebenen Form kann die Ehe gleichwohl in den anderen Ländern als gültig anerkannt werden, wenn die durch die nationale Gesetzgebung eines jeden der Verlobten vorgeschriebene Form beobachtet worden ist* (Art. 7).

1. Wenn die Form, welche das Gesetz des Eheschliessungsortes vorschreibt, nicht beobachtet wurde, so ist die Ehe grundsätzlich im ganzen Konventionsgebiet ungültig. Aber auch hier werden wieder Ausnahmen mit Rücksicht auf den favor matrimonii zuge-

lassen. Zwar wurde schon gesagt, dass und aus welchen Gründen die Konvention nicht den überstaatlichen obligatorischen Satz aufstellen konnte, dass — gemäss der traditionellen Tragweite des Satzes locus regit actum — *ausser* der Beobachtung des Gesetzes vom Eheschliessungsorte auch die Beobachtung der Form des für die Ehe massgebenden materiellen Rechtes genügen müsse. Aber als *Permissivnorm* war die Aufstellung dieses Satzes immerhin in einem gewissen Umfang möglich. Er findet sich in Art. 7. Hiernach kann eine Ehe, die in dem Lande, in welchem sie geschlossen wurde, in Ansehung der Form nichtig ist, gleichwohl in den andern Ländern als gültig anerkannt werden, wenn die durch das Gesetz des nationalen Staates eines *jeden* der Verlobten vorgeschriebene Form beobachtet worden ist. *Ob* also eine Anerkennung der Gültigkeit erfolgt, hängt von der *internen* Kollisionsnorm des betreffenden Landes ab, *unter welchen Bedingungen* sie aber *ausschliesslich* geschehen darf, bestimmt Art. 7 der Konvention; diese im Art. 7 statuierten Voraussetzungen bilden die überstaatliche Schranke für die, im übrigen den einzelnen Staaten eingeräumte Fakultät.

Es ist nicht erforderlich, dass beide Nupturienten dem gleichen nationalen Staate angehören, wohl aber müssen sie Heimatstaaten mit gleicher Eheform (Zivilehe oder kirchliche Ehe) angehören, und es müssen dann die durch das Gesetz des Heimatsstaates eines *jeden* der Verlobten vorgeschriebenen Formen beobachtet werden.

2. Der regelmässige Anwendungsfall des Art. 7 wird die nach nationalem Recht gültigen, nach der lex loci actus ungültigen, nach kirchlicher Form geschlossenen Ehen betreffen, wenn *beide* Nupturienten solchen Staaten, die dem kirchlichen Eherechte huldigen, angehören. Gehört aber einer der Nupturienten einem Staate mit obligatorischer Zivilehe an, fehlt es also für ihn auch nach seinem nationalen Recht an den Erfordernissen einer formgültigen Ehe, so ist die Ehe im ganzen Konventionsgebiet ungültig. Auf eine eventuelle Verweisung seitens des nationalen Rechtes auf die lex loci actus (wie sie z. B. Art. 25, Abs. 3 Z. E.-G. enthält), ist international keine Rücksicht zu nehmen.

3. Art. 7 kann sich aber auch auf den umgekehrten Fall beziehen, wo in einem Lande mit *kirchlicher* Eheform die fragliche Ehe nur in ziviler Form abgeschlossen wird, aber natürlich auch hier nur,

wenn *beide* Nupturienten einem Zivileheland angehören. Gehört auch nur einer einem Lande mit kirchlicher Eheschliessungsform an, fehlt es also für ihn auch an den Erfordernissen einer nach seinem nationalen Recht formgültigen Ehe, so ist die Ehe im ganzen Konventionsgebiet ungültig.

Allerdings wird der Fall einer Zivilehe in einem Lande mit kirchlicher Eheform überhaupt sehr selten vorkommen, weil in solchen Ländern den Nupturienten eine staatlich-zivile Eheschliessungsinstanz vielfach gar nicht zur Verfügung steht.

4. Bemerkenswert bei Art. 7 ist noch, dass hier, im Gegensatz zu Art. 5, Abs. 2 und 3, kein Unterschied gemacht wird zwischen dem Verhältnis des nationalen Staates und anderer dritter, unbeteiligter Staaten zu der fraglichen Ehe. Für alle Staaten ohne Unterschied ist die Norm reine Permissivnorm. Für die unbeteiligten dritten Staaten hätte immerhin ein überstaatlicher Zwang zur Anerkennung derartiger Ehen statuiert werden dürfen.

III. *Die Regel des Art. 7 gilt nicht nur für die ordentliche, sondern auch für die ausserordentliche Form der Eheschliessung.*

1. Aus Art. 7 ist zu schliessen, dass auch eine nach der lex loci actus ungültige diplomatische Ehe in den andern Ländern formell gültig sein *kann*, wenn das Gesetz des nationalen Staates eines jeden der Nupturienten beobachtet wurde oder gar beide Nupturienten dem Absendestaat angehören.

2. Auch hier ist wieder kein Unterschied gemacht zwischen dem Verhältnis des Absende- und Empfangsstaates und dem Verhältnis unbeteiligter dritter Staaten zu der fraglichen Ehe. Auch hier hätte vielleicht für die letzteren statt einer blossen Fakultät eine obligatorische überstaatliche Norm statuiert werden sollen.

§ 30. Die Einwirkung der Konvention auf das interne schweizerische Recht.

I. *Das zurzeit in der Schweiz noch bestehende Recht weicht erheblich von dem durch die Konvention geschaffenen ab. Im Verhältnis zu den Konventionsstaaten gelten aber natürlich die Vorschriften der Konvention.*

1. Es ergibt sich schon aus den bisherigen Ausführungen, dass die Konvention das gegenwärtig geltende schweizerische Eheschliessungsrecht, wie es speziell im Z. E.-G. niedergelegt ist, im Verhältnis zu den Konventionsstaaten erheblich modifiziert. An dieser Stelle sollen nur einige wesentliche Punkte zusammenfassend hervorgehoben werden, und zwar in erster Linie in Anlehnung an das Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen vom 7. September 1905 (B.-B. 1905, V, S. 153).

2. Im speziellen ist zu sagen:

a) Die Vorschrift des Art. 1 der Konvention hat zur Folge, dass nunmehr für die Ehe von Angehörigen der Konventionsstaaten in der Schweiz, und *zwar sowohl für den Bräutigam als für die Braut*, das Vorhandensein ihrer Ehefähigkeit nach den Bestimmungen ihres nationalen Staates nachgewiesen sein muss. Wenn nur ein Teil ein einem Konventionsstaat angehöriger Ausländer ist, und auch dann, wenn ein Schweizer eine einem Konventionsstaate angehörende Ausländerin heiratet, muss gemäss Art. 8, Abs. 1 der Konvention für die Angehörigen der Konventionsstaaten feststehen, dass sie nach ihrem nationalen Rechte ehefähig sind. Art. 31 Abs. 4 Z. E.-G. bestimmt:

> Ist der *Bräutigam* ein Ausländer, so soll die Verkündung nur auf Vorlage einer Erklärung der zuständigen auswärtigen Behörde erfolgen, worin die Anerkennung der Ehe mit allen ihren Folgen ausgesprochen ist.

Diese Norm, die einseitig auf die Nationalität des Bräutigams abstellt, ist also im Bereiche der Konvention dahin erweitert, dass auch auf das nationale Recht der Braut Rücksicht zu nehmen ist.

b) Andererseits ist die Beibringung einer Erklärung der auswärtigen Behörde, worin die Anerkennung der Ehe mit *allen* ihren Folgen ausgesprochen wird, im Verhältnis zu den Konventionsstaaten nicht mehr erforderlich. Es genügt vielmehr das Ehefähigkeitszeugnis, das gemäss Art. 1 in Verbindung mit Art. 4 der Konvention *nur* das Nichtvorhandensein von Ehehindernissen konstatieren muss. Vgl. hierüber oben § 25.

c) In ihrer Bedeutung eingeschränkt wird auch die Bestimmung des Art. 31 Abs. 5 Z. E.-G. Dieselbe lautet:

> Die Kantonsregierung ist ermächtigt, hiervon zu dispensieren und die mangelnde Bescheinigung durch eine andere passende Anordnung zu ersetzen.

Für den Regelfall ist dieses Recht der Kantonsregierung, von der Beibringung der in Art. 31 Abs. 4 vorgesehenen Anerkennungserklärung zu dispensieren, aufgehoben. Die Frage, ob und inwieweit für ein bei einem der Nupturienten vorliegendes Ehehindernis Dispens erteilt werden könne und eventuell von welcher Behörde, bestimmt sich bei Konventionsangehörigen ausschliesslich nach dem nationalen Recht des betreffenden Nupturienten. Nur für einen Ausnahmefall bleibt das Dispensrecht des Art. 31 Abs. 5 bestehen, nämlich dann, wenn in der Schweiz gemäss Art. 3 der Konvention von Ausländern eine Ehe abgeschlossen werden soll, der nach dem nationalen Recht der Nupturienten Ehehindernisse ausschliesslich religiöser Natur entgegenstehen. Immerhin empfiehlt der Bundesrat bei Erteilung des Dispenses möglichste Vorsicht, da nach Art. 3 Abs. 2 der Konvention eine derartige Ehe nicht nur im Heimatstaate des Bräutigams, sondern auch in den anderen Konventionsstaaten als ungültig angesehen werden und daher die Gefahr der Heimatlosigkeit entstehen kann.

Allerdings gewährt Art. 31 Abs. 5 das Dispensationsrecht nur bei der Ehe eines ausländischen *Bräutigams*, es kann daher auch nur in diesem Falle zur Anwendung kommen. Ist nur die Braut Ausländerin, und liegt nach ihrem nationalen Recht ein ausschliesslich religiöses Ehehindernis im Sinne des Art. 3 der Konvention vor, so ist dies überhaupt nicht zu berücksichtigen; denn die Braut wird durch den Abschluss der Ehe Schweizerbürgerin, und es besteht keine Gefahr, dass die Kinder aus der Ehe heimatlos werden.

d) Betreffend den Abschluss von Ehen von Schweizern im Ausland ist auf die Ausführungen im § 20 oben zu verweisen, betreffend die Form der Ehe und Zulässigkeit der diplomatischen und Konsularehen auf §§ 27 und 28.

e) Vorschriften prozessualer Natur enthält die Konvention nicht, speziell nicht darüber, welche Gerichte über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Ehe zu entscheiden haben. In dieser Beziehung bleibt das interne Recht, speziell Art. 56 Z. E.-G., in Kraft. Vgl. auch unten § 33.

f) Auch sonst bleibt das interne Recht anwendbar, soweit es nicht mit der Konvention in Widerspruch steht. Auch kann es im konkreten Fall *neben* der Konvention zur Anwendung kommen, wenn nur einer der Nupturienten einem Konventionsstaat angehört; denn nach Art. 8 Abs. 1 der Konvention findet diese auf im Gebiete der Konventionsstaaten geschlossene Ehen von Personen Anwendung, von denen mindestens eine Angehörige eines dieser Staaten ist.

II. *Die vom Zivilgesetzbuch (Art. 61 Schl.-T.) neugeschaffenen international-privatrechtlichen Bestimmungen betreffend die Eheschliessung stimmen zum Teil mit den Grundsätzen der Konvention überein, zum Teil weichen sie von ihnen ab.*

1. Das Prinzip der Konvention wird auch vom Schlusstitel Art. 61, Ziff. 7 c aufgenommen. Derselbe bestimmt:

> Die Gültigkeit einer Eheschliessung wird, wenn der Bräutigam oder die Braut oder beide Ausländer sind, in bezug auf jedes von ihnen nach dem heimatlichen Rechte beurteilt.
>
> Die Form einer in der Schweiz erfolgenden Eheschliessung bestimmt sich nach schweizerischem Recht.

2. Die in Art. 31 Abs. 4 Z. E.-G. erwähnte Erklärung betreffend Anerkennung der Ehe kehrt in Schl.-T. Art. 61, Ziff. 7 e wieder. Derselbe bestimmt:

> Will ein Ausländer, der in der Schweiz wohnt, daselbst eine Ehe eingehen, so hat er das Gesuch um Verkündung beim Zivilstandsbeamten seines Wohnsitzes anzubringen, nachdem er von der Regierung des Wohnsitzkantons die Bewilligung zur Eheschliessung erhalten hat.
>
> Diese Bewilligung darf nicht verweigert werden, wenn die Heimatbehörden erklären, dass sie die Ehe ihres Angehörigen mit allen ihren Folgen anerkennen werden, sie kann aber auch ohne eine solche Erklärung erteilt werden.

Die Trauung eines Ausländers, der in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, kann mit Bewilligung der Regierung des Kantons, in dem sie erfolgen soll, vorgenommen werden, wenn durch Erklärung der Heimatbehörde oder auf andere Weise dargetan ist, dass die Ehe mit allen ihren Folgen in der Heimat anerkannt werde.

B. Die Konvention betreffend die Ehescheidung und die Trennung von Tisch und Bett.

Vorbemerkung.

Die Verhandlungen über die Ehescheidungs-Konvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien:

Vorentwurf; Programmentwurf . . . Actes 1893, p. 7, 10
„ 1894, p. 3.
Documents 1900, p. 36—49, 102, 103, 107, 115, 116, 130 bis 132, 139, 140, 145, 146, 155, 156, 170, 171, 176, 177, 180, 181.
Actes 1900, p. 45, 47, 48, 54, 55.

Bestellung der Kommission . . . . „ 1893, p. 71.
„ 1894, p. 16, 17.
„ 1900, p. 83, 89.

Generaldiskussion . . . . „ 1900, p. 89.

Bericht der Kommission . . . . . . „ 1894, p. 83—87.
„ 1900, p. 207—214, 230.

Anträge der Kommission . . . . . „ 1894, p. 87—88.
„ 1900, p. 214, 215, 231.

Erste Lesung . . . . „ 1894, p. 73—79.
„ 1900, p. 193—197, 222.

Anträge der Redaktionskommission . „ 1894, p. 95.

Zweite Lesung. Weitere Diskussion . „ 1894, p. 95, 96.

Bestimmungen des Schlussprotokolls „ 1894, p. Pr. F. 2, 3.
„ 1900, p. 239—242, 246.

§ 31. Der örtliche, sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Konvention.

I. *Der Konvention gehören zehn Staaten an.*

Diese Staaten sind folgende:

1. Deutschland	4. Luxemburg
2. Belgien	5. Italien
3. Frankreich	6. Niederlande

7. Rumänien — 9. Portugal
8. Schweden — 10. Schweiz (A. S. XXI, S. 397, 421).

Betreffend die Daten der Ratifikation vgl. oben § 11.

II. *Auch diese Konvention gilt nur für die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten.*

Vgl. oben § 11.

III. *Für die Anwendbarkeit der Konvention stellt Art. 9 derselben ferner zwei Voraussetzungen auf, die eine örtlicher, die andere persönlicher Natur.*

1. Die Konvention findet nur auf solche Scheidungs- oder Trennungsklagen Anwendung, die in einem der Vertragsstaaten erhoben werden.

2. Es muss ferner mindestens einer der Ehegatten Angehöriger eines Konventionsstaates sein. Diese Bestimmung wurde noch auf der dritten Konferenz eingefügt und zwar nach dem Muster von Art. 9 der Eheschliessungskonvention (Actes 1900, S. 214). Ehescheidungen oder Ehetrennungen zwischen Angehörigen von Konventionsstaaten ausserhalb des Konventionsgebietes oder solche von Angehörigen von Nichtkonventionsstaaten im Konventionsgebiet fallen also nicht unter die Bestimmungen der Konvention.

IV. *Man muss sich daran erinnern, dass die Konvention nicht alle Fragen, die mit der Ehescheidung zusammenhängen, in Betracht zieht und löst.*

In der einen und gleichen Ehescheidungssache kann darnach sowohl das überstaatliche (konventionsmässige), als das partikuläre internationale Privatrecht zur Anwendung gelangen.

§ 32. Die bestehenden Divergenzen im heutigen internationalen Ehescheidungsrecht und die verschiedenen Systeme zu ihrer Lösung.

I. *Auf dem Gebiete der Ehescheidung ist die Menge und die Intensität der internationalen Kollisionen der verschiedenen Rechtsnormen grösser, als auf irgend einem andern Rechtsgebiete.*

Hierfür bestehen verschiedene Gründe.

1. Wie bei der Eheschliessung der Gegensatz zwischen den Staaten mit Zivilehe und kirchlicher Eheform scharf hervortritt, so besteht hier der Gegensatz zwischen solchen Staaten, welche die Scheidung der Ehe dem Bande nach kennen, und solchen, die sie nicht kennen. Zu den ersteren gehören: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Luxemburg, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Österreich (für Nichtkatholiken), Portugal, Rumänien, Russland (für Griechisch-Orthodoxe, Protestanten und Juden), Schweden, Schweiz, Serbien, Türkei und Ungarn. Zu den letzteren gehören namentlich Italien, Österreich (für Katholiken), Russland (für Katholiken) und Spanien; diese kennen nur die Trennung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam).

2. Unter den Staaten, welche die Ehescheidung dem Bande nach zulassen, sind wieder zu unterscheiden solche, welche *daneben* aus den gleichen oder zum Teil darüber hinausgehenden Gründen auch die Trennung von Tisch und Bett als eine selbständige Art der Auflösung der Ehe anerkennen, und solche, welche diese Modalität gar nicht bezw. nur als eine vom Richter anzuordnende vorläufige, zeitlich beschränkte Massregel zur Herbeiführung einer Wiedervereinigung oder aber zur Einleitung der definitiven Scheidung kennen. Zu der ersteren Gruppe gehören Belgien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Luxemburg, Montenegro, Niederlande, Norwegen, Ungarn; zu der letzeren: Bulgarien, Griechenland, Rumänien, Schweden, Serbien und vorläufig noch die Schweiz. Die Parteien haben hier kein Recht, die Trennung von Tisch und Bett zu verlangen, aber der Richter *kann* sie im Falle des Art. 47 Z. E.-G. bis auf höchstens zwei Jahre von sich aus aussprechen. Das neue Z.-G.-B. ändert diesen Rechtszustand, es führt eine selbständige Klage auf Trennung von Tisch und Bett ein, die entweder auf ein bis drei Jahre oder auf unbestimmte Zeit ausgesprochen werden kann (Art. 143, 147).

Das *deutsche* Recht kennt neben der Scheidung dem Bande nach noch die sog. *Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft* (§§ 1575, 1576 B. G.-B.). Es entsteht in dieser Beziehung die Frage, ob das erwähnte Institut mit der Trennung von Tisch und Bett auf gleicher Linie steht und mit ihr als wesentlich gleichartig anzusehen ist oder nicht. Vgl. hierüber unten § 34.

3. Innerhalb der Rechte, welche die Scheidung dem Bande nach anerkennen, sind wieder zwei grosse Gruppen zu unterscheiden: solche, welche die Scheidung nur aus bestimmten, konkreten Gründen (pour causes déterminées) und solche, welche sie schon auf Grund gegenseitiger Einwilligung der Ehegatten (par consentement mutuel), zulassen. Zur ersten Gruppe gehören namentlich Frankreich (Code c. Art. 229 ff. nach dem Gesetze vom 27. Juli 1884) und in der Hauptsache auch das deutsche B. G.-B.; zur zweiten Gruppe gehören namentlich Belgien, Luxemburg, Rumänien — diese im Anschluss an die ursprüngliche Fassung des Code civil Art. 275 ff. — sowie Schweden, Norwegen, Dänemark und die Schweiz (Art. 45 Z. E.-G.).

4. Unter den bestimmten Scheidungsgründen sind wieder eine Reihe solcher zu finden, die zwar die gleiche Bezeichnung tragen, trotzdem aber in den verschiedenen Rechten verschieden ausgestaltet sind. Vgl. hierüber unten § 38.

5. Zu diesen Schwierigkeiten materiell-rechtlicher Natur kommen noch *prozessrechtliche*. Zunächst ist man, da diese Fragen auf den Status einwirken, geneigt, nur die heimatlichen Gerichte als kompetent anzusehen. Sodann begegnet die Anerkennung und Exekution auswärtiger Scheidungsurteile Bedenken, weil diese, im Gegensatz zu Urteilen anderer Art, nicht deklarativer, sondern konstitutiver Natur sind und daher einen neuen Rechtszustand schaffen wollen und sollen.

II. *Zur Lösung der aus dieser Mannigfaltigkeit sich ergebenden Konflikte haben Gerichtspraxis, Wissenschaft und Gesetzgebung verschiedene Theorien aufgestellt.*

1. Man hat die *ausschliessliche* Anwendung des am Gerichtsort, wo die Scheidungs- oder Trennungsklage erhoben wird, geltenden Rechtes, der sog. *lex fori* postuliert, und zwar sowohl bezüglich der grundsätzlichen Zulassung von Scheidung oder Trennung als auch bezüglich der einzelnen Scheidungs- und Trennungsgründe. Hierbei wird die lex fori nicht nur angewandt, wenn sie die Scheidung dem Bande nach, im Gegensatz zu dem Heimatrecht der Ehegatten, das sie zulässt, verpönt, sondern auch dann, wenn sie sie zulässt im Gegensatz zum Heimatrecht, das sie verpönt. Es wird hier der lex fori der Charakter des absoluten ordre public zugeschrieben, und man

findet, es verletze denselben ebensosehr, eine nach dem Heimatrecht der Eheleute lösbare Ehe im Widerspruch mit der lex fori zu scheiden, wie eine nach dem Heimatrecht unlösbare Ehe im Widerspruch mit der lex fori aufrecht zu erhalten. Es ist hier z. B. zu verweisen auf

a) v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts I, S. 482:

> Zugleich kann eine Ehescheidung aus Gründen, welche nach dem am Orte des Gerichts geltenden Gesetzen nicht zulässig erscheint, als eine nach diesem Gesetz unsittliche Trennung der Ehe nicht ausgesprochen werden, wie umgekehrt eine jede nach diesem Gesetz geltende Scheidungsursache unbedingt vom Richter anzuwenden ist, da die Aufrechterhaltung der Ehe ungeachtet des Scheidungsgrundes gleichfalls als unsittlich zu betrachten ist.

b) Savigny, System des Röm. Rechts VIII, S. 337:

> Die Ehescheidung unterscheidet sich von den eben abgehandelten, das Vermögen betreffenden Rechtsinstituten dadurch, dass die Gesetze über dieselbe auf der sittlichen Natur der Ehe beruhen, also einen streng positiven Charakter an sich tragen. Daraus folgt, dass der über sie urteilende Richter nur die Gesetze seines Landes befolgen darf, ohne Rücksicht auf andere Verhältnisse der Ehegatten.

c) Asser-Cohn, Das internationale Privatrecht (1886).

> Dieses Gesetz (sc. lex fori) bestimmt, ob überhaupt Auflösung der Ehe durch Ehescheidung stattfinden kann, und aus welchem Grunde, ... wo auch immer die Ehe geschlossen ist und zu welcher Nation die Ehegatten gehören mögen. Denn man kann doch nicht annehmen, dass der Richter berechtigt sein soll, eine Ehe für aufgelöst zu erklären, wenn die Gesetze seines Landes solche Auflösung mit der Religion und den guten Sitten für unverträglich halten. Umgekehrt wird sich auch der Richter eines Landes, in welchem Ehescheidung besteht, nicht weigern können, das diesbezügliche Verlangen eines der Ehegatten anzuerkennen, weil in dem Land, wo die Ehe geschlossen ist oder zu welchem die Ehegatten gehören, die Ehescheidung überhaupt nicht oder wenigstens nicht aus dem angeführten Grund zugelassen

ist. Wo dieses Mittel einer Lösung der Ehe besteht, betrachtet es ja doch der Gesetzgeber als dem allgemeinen Interesse widerstreitend, dass Ehen aufrecht bleiben, wenn aus einem der durch das Gesetz bezeichneten Gründe die Auflösung gefordert wird.

d) Das deutsche Reichsgericht. Dieses hat sich mit Bezug auf § 77, Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1875 verschiedene Male dahin ausgesprochen, dass diese Bestimmung auf Ehestreitigkeiten von Ausländern selbst dann Anwendung finde, wenn die Auflösung der Ehe durch Landesgesetz dem im Heimatlande des Ehemanns geltenden Recht unterstellt sei, letzteres aber nur die Trennung von Tisch und Bett gestatte. Vgl. z. B. E. III, Nr. 14, S. 28 ff., XI, S. 29 ff. In der letzteren Entscheidung heisst es:

Es kann nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, ausländischen Ehegatten, welchen das inländische Gesetz die immerwährende Trennung von Tisch und Bett verweigert, obwohl sie solche nach Heimatgesetz verlangen dürften und obwohl ihnen das deutsche Ehescheidungsrecht zu völliger Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verhelfen würde, nun auch diese Rechtszuständigkeit abzusprechen, und sie damit in einen Zustand der Rechtslosigkeit zu versetzen. Rechtslosigkeit tritt überall da ein, wo der in Deutschland wohnende Ausländer in seinem Heimatstaat keinen Gerichtsstand findet, und schutzbedürftig ist namentlich die Ehefrau; sie muss den Wohnsitz des Mannes teilen.

Das wesentlichste Bedenken gegen dieses System liegt darin, dass die am Gerichtsort ausgesprochene Scheidung vom Heimatstaat der Ehegatten nicht anerkannt wird, und dass diese z. B. bei Abschluss einer neuen Ehe Gefahr laufen, sich in ihrem Heimatstaat der Bigamie schuldig zu machen. Diese Gefahr könnte nur dann beseitigt werden, wenn die Gerichte des Heimatstaates als für die Ehescheidung ausschliesslich kompetent anerkannt wären; dies Postulat, das z. B. v. Bar a. a. O. aufstellt, ist aber in praxi nicht erfüllt.

2. Den strikten Gegensatz zu dem System der ausschliesslichen Anwendung der lex fori bildet das der ausschliesslichen Anwendung des Heimatrechts, der lex patriæ des Ehemanns.

Mit strenger Konsequenz ist dieser Grundsatz von einigen italienischen Gerichten durchgeführt worden, welche, trotzdem dem italienischen Recht die Ehescheidung unbekannt ist, diese in einzelnen Fällen bei Ausländern, deren Heimatrecht sie zulässt, aussprachen, und zwar in strikter Anwendung des Art. 6 der Disposizioni. Das erste Urteil dieser Art war das des Appellhofes von Ancona vom 22. März 1884. Hier wurde die Ehe eines Deutschen, der in Italien eine Italienerin geheiratet hatte, auf Grund böslicher Verlassung seitens der Ehefrau geschieden. In den Erwägungen heisst es:

> considerando che il divorzio non si può reputare assolutamente contrario all'ordine pubblico ed al buon costume rispetto a coloro cui sia consentito dalla legge personale e che, secondo il codice civile italiano i rapporti di famiglia devono essere governati dalla legge personale .....

Trotz des Protestes der hervorragendsten italienischen Juristen gegen dieses Urteil haben die Gerichte noch einigemale im gleichen Sinne entschieden. So schied das Tribunal von Genua am 7. Juni 1894 die Ehe zweier Engländer, das Tribunal von Mailand am 2. Juni 1897 und am 30. Juni 1898 diejenige eines Schweizers aus dem Kanton Tessin, der eine Italienerin aus Mailand geheiratet hatte. Vgl. Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XV, S. 145.

In den Erwägungen des Mailänder Urteils vom 2. Juni 1897 heisst es (Journal XXVI, S. 409/410):

> L'art. 6 des dispositions préliminaires du Code civil italien déclare explicitement que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale de celles-ci. Il admet par là même implicitement la compétence des tribunaux italiens dans les questions concernant l'état des étrangers. En effet, l'art. 6 ordonne qu'en matière d'état et de capacité on applique aux étrangers leur loi nationale; or, cette application suppose l'intervention des magistrats italiens. Si l'on pose, en principe, l'incompétence de ceux-ci dans les questions concernant l'état des étrangers, alors l'art. 6 ne peut plus recevoir d'application.
>
> En outre, l'art. 3 du C. c. admet les étrangers à la jouissance de tous les droits civils en Italie. Or, cette jouissance ne leur appartiendrait pas; elle leur serait en fait

> refusée si, dans les questions d'état les concernant, les tribunaux italiens devaient se refuser à juger.
>
> La compétence des magistrats italiens, ainsi établie, entraîne comme conséquence la possibilité pour eux de prononcer le divorce entre étrangers dont la loi nationale admet ce mode de dissolution du mariage. Il ne s'agit en effet ici que de faire une application régulière de l'art. 6 en attribuant aux conjoints étrangers la capacité qui leur est, en cette matière, reconnue par leur loi nationale. Vainement objecterait-on que le divorce n'est pas admis par la loi italienne et qu'en conséquence, par une juste application de l'art. 12 des dispositions préliminaires du Code civil, les magistrats italiens doivent se refuser à connaître d'une demande tendant à sa prononciation. L'objection ne porte pas. Car il ne s'agit pas d'autoriser en Italie un acte permis par la loi étrangère et contraire à une disposition d'ordre public de la législation italienne, mais uniquement d'appliquer à des étrangers leur loi nationale, pour déterminer, en une matière, leur capacité juridique.

Das Urteil des Tribunals von Mailand vom 30. Juni 1898 wurde jedoch, nachdem es vom Appellhof Mailand unterm 24. November 1898 allerdings bestätigt worden war, vom Kassationshof Turin durch Entscheid vom 2. November 1900 aufgehoben. Der Kassationshof erklärt hier, dass jede Scheidung einer Ehe, möge sie in Italien oder im Ausland abgeschlossen sein, vor italienischen Gerichten unter allen Umständen unzulässig sei. Vgl. Kahn, a. a. O., S. 146.

Den nämlichen Grundsatz hat der Kassationshof Florenz in einem Urteil vom 6. Dezember 1902 ausgesprochen. Vgl. Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XIII, S. 604 ff., Journal XXX, S. 910 ff.

Abgesehen von der konsequenten Durchführung des Grundsatzes des Heimatrechtes, wie sie die erwähnten italienischen Urteile enthalten, herrscht sonst bei den Anhängern dieses Grundsatzes Übereinstimmung darüber, dass die Geltung der lex patriæ mit Rücksicht auf den ordre public der lex fori eingeschränkt werden müsse. Da aber die ordre public-Formel, wie oben § 4 ausgeführt wurde, sehr elastisch ist, und man daher aus ihr die ausschliessliche Geltung der lex fori in jedem beliebigen Umfang herleiten kann, so kann — trotz des verschiedenen prinzipiellen Ausgangspunktes — die An-

wendung der lex patriæ zu dem gleichen praktischen Resultat führen, wie die der lex fori.

3. Ein weiteres System kumuliert das Heimatrecht der Ehegatten mit der lex fori in der Weise, dass die Scheidung nach jedem dieser beiden Rechte positiv und gleichmässig begründet sein muss. Dies ist z. B. der Fall nach deutschem Recht. Art. 17, Abs. 1 und 4 E.-G. zum B. G.-B. bestimmen:

> Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.
>
> Auf Scheidung sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.

Auf dem gleichen Standpunkt steht auch das Schweizerische Z.-G.-B., Schl.-T. Art. 61, Ziff. 7 h (vgl. unten § 46).

4. Ein letztes System endlich will die Frage nach der *grundsätzlichen Zulassung* der Scheidung oder Trennung und die Frage nach den *Scheidungsgründen* auseinanderhalten und erstere ausschliesslich nach dem Heimatrecht der Ehegatten, letztere ausschliesslich nach der lex fori beurteilt wissen. Das Institut de droit international hat in seiner Session zu Lausanne (1888) in dem von ihm aufgestellten Règlement international des conflits de lois en matière de mariage et de divorce diese Lösung vorgeschlagen. Es bestimmen:

> Art. 17.
>
> La question de savoir si un divorce est légalement admissible ou non, dépend de la législation nationale des époux.
>
> Art. 18.
>
> Si le divorce est admis en principe par la loi nationale, les causes qui le motivent doivent être celles de la loi du lieu où l'action est intentée.
>
> Le divorce ainsi prononcé par le tribunal compétent sera reconnu valable partout.

Dieses Reglement ist abgedruckt im Annuaire de l'Institut, 1888/9 (X), S. 75—79, und bei Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechts im Grundriss, S. 73—75.

Dieses System zeichnet sich speziell dadurch aus, dass es die im internationalen Privatrecht massgebenden beiden Hauptprinzipien der lex patriæ und der lex domicilii versöhnt. Von diesem Standpunkt aus wurde es namentlich von Meili an den Haager Konferenzen energisch vertreten, aber schliesslich doch abgelehnt (Actes 1894, S. 74 bis 77, S. 85/86; 1900, S. 208). Es wurde hiergegen hauptsächlich eingewendet, dass die Verschiedenheit der Scheidungsgründe nicht bloss sekundärer Natur sei; vielmehr bestehe zwischen den Ländern, wo die Ehescheidung nur aus wenigen bestimmten Gründen zulässig sei, und denen mit einem liberaleren, vor allem auch die Scheidung durch consentement mutuel anerkennenden Scheidungsrecht eine prinzipielle Differenz, die derjenigen zwischen Ländern mit Scheidung und solchen ohne Scheidung an internationaler Bedeutung gleichkomme.

5. Der schweizerische Rechtszustand ist noch speziell zu besprechen (§§ 33, 46).

Anmerkungen.

1. Die Bestimmungen des Schweizerischen Z.-G.-B. über die Trennung von Tisch und Bett lauten:

Art. 143. Die Klage geht entweder auf Scheidung der Ehe oder auf Trennung der Ehegatten.

146. Wenn ein Scheidungsgrund nachgewiesen ist, so hat der Richter entweder die Scheidung oder die Trennung auszusprechen.

Wird nur auf Trennung geklagt, so kann die Scheidung nicht ausgesprochen werden.

Wird auf Scheidung geklagt, so kann nur dann auf Trennung erkannt werden, wenn Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist.

147. Die Trennung wird entweder auf ein bis drei Jahre oder auf unbestimmte Zeit ausgesprochen.

Nach Ablauf der bestimmten Zeit fällt die Trennung dahin, und es kann ein jeder Ehegatte, wenn eine Wiedervereinigung nicht erfolgt ist, die Scheidung verlangen.

Hat die auf unbestimmte Zeit ausgesprochene Trennung drei Jahre gedauert, so kann jeder Ehegatte, wenn eine Wiedervereinigung nicht erfolgt ist, die Scheidung oder die Aufhebung der Trennung verlangen.

148. Wird nach Ablauf der bestimmten Trennungszeit oder, wenn die Trennung auf unbestimmte Zeit ausgesprochen wurde, nach Ablauf von drei Jahren die Scheidung auch nur von einem Ehegatten verlangt, so muss sie ausgesprochen werden, es sei denn, dass sie auf Tatsachen gegründet werde,

die ausschliesslich den nunmehr die Scheidung verlangenden Ehegatten als schuldig erscheinen lassen.

Die Scheidung ist indessen auch in diesem Falle auszusprechen, wenn der andere Ehegatte die Wiedervereinigung verweigert.

Im übrigen erfolgt das Urteil auf Grund der im früheren Verfahren ermittelten und der seither eingetretenen Verhältnisse.

2. Asser-Cohn a. a. O. S. 68 begründet die ausschliessliche Anwendung der lex fori, ausser vom Standpunkt des ordre public, auch aus dem Gesichtspunkt der konstitutiven Natur des Ehescheidungsurteils. Während der Richter da, wo er lediglich deklariert, was zwischen den Parteien Rechtens ist, dasjenige Gesetz, durch welches das von ihm untersuchte Rechtsverhältnis beherrscht wird, anzuwenden habe, werde er da, wo er als Organ der Staatsgewalt auftritt und Rechte gewährt, kein anderes Gesetz zum Massstab nehmen dürfen als das des Staates selbst, welchen er dabei vertritt. Das Ehescheidungsurteil habe in dieser Hinsicht, obschon ihm ein Rechtsstreit vorangeht, mit gewissen Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit viel Übereinstimmung.

3. Über den gegenwärtigen Rechtszustand betreffend die Kompetenz in Ehescheidungssachen vgl. Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 223—233.

4. Auch in dem Werke von Fr. Ricci, Corso teorico-pratico di diritto civile I, Nr. 111, wird die Ansicht als richtig vertreten, dass die italienischen Gerichte die Scheidung von Ausländern aussprechen können, wenn ihr nationales Recht die Scheidung zulasse.

5. Portugal, das bis vor kurzem nur die Trennung von Tisch und Bett kannte, hat durch Gesetz vom 3. Dezember 1910 die Ehescheidung dem Bande nach eingeführt.

§ 33. Das bisherige internationale Ehescheidungsrecht der Schweiz im speziellen.

Barilliet, Du divorce des époux étrangers en Suisse et des époux suisses à l'étranger, Journal VII (1880), S. 347—367.

Martin, Du mariage et du divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger, Journal XXIV (1897), S. 738 ff.

v. Salis, Ehescheidungs- und Ehenichtigkeitssachen ausländischer Ehegatten in der Schweiz. Basel 1888.

Picot, De la compétence des tribunaux Suisses à se nantir des actions en nullité de mariage et en divorce entre étrangers domiciliés en Suisse. Bâle 1888.

Meili, Handbuch I, S. 309 ff. und Internationales Zivilprozessrecht, S. 223 ff.

A. *Ehescheidung von in der Schweiz wohnenden Ausländern.*

I. *Die Zulassung der Ehescheidungsklage der in der Schweiz wohnenden Ausländer wurde kraft einer ausdrücklichen Norm des Bundesprivatrechts an einen Nachweis geknüpft, der in der Regel nicht geleistet werden konnte.*

1. § 56 Z. E.-G. bestimmt:

> In bezug auf Ehen zwischen Ausländern darf eine Schei dungs- oder Nichtigkeitsklage von den Gerichten nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, dass der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urteil anerkennt.

Diese Rechtsnorm ging ursprünglich aus dem Bestreben hervor, den Ausländern, die in der Schweiz wohnen, die Erlangung der Scheidung bei den schweizerischen Gerichten zu ermöglichen, allein selten wohl hat eine Gesetzesbestimmung ihren Zweck so gründlich verfehlt wie Art. 56. Während man ursprünglich bezweckte, Scheidungsprozesse von Ausländern gemäss dem Domizilprinzip vor schweizerischen Gerichten zu ermöglichen, und nur zur Verhütung von Konflikten die Bedingung des Nachweises der Urteilsanerkennung aufnahm, stellte es sich in der Praxis heraus, dass infolge dieser Bedingung die Scheidung von Ausländern in der Schweiz fast unmöglich wurde.

2. Man ging in der Gerichtspraxis davon aus, es sei nicht unbedingt die Beibringung einer Erklärung der auswärtigen Staatsregierung oder eines auswärtigen Gerichtes notwendig, es genüge vielmehr, wenn aus der Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des ausländischen Staats dargetan werde, dass die von dem Gerichte am Wohnorte der Ehegatten ausgesprochene Scheidung anerkannt werde, beziehungsweise anerkannt werden müsse (A. S. V S. 264 und 265; XV, S. 125). Immerhin müsse die Gewissheit verlangt werden, dass das schweizerische Scheidungsurteil im Heimatsstaate der Eheleute als rechtskräftiges Zivilurteil ohne jede Überprüfung anerkannt werde (A. S. X, S. 483 und 484 und Journal XXV, S. 291).

Es kam in der Tat mehrfach vor, dass in Genf belgische Staatsangehörige geschieden wurden, weil der Beweis vorgelegt wurde, dass das Urteil in Belgien anerkannt werde (Journal XXV, S. 191).

Der in Art. 56 Z. E.-G. geforderte Nachweis kann dagegen nicht geleistet werden durch das schriftliche Zeugnis eines schweizerischen Konsuls. Der schweizerische Konsul in St. Louis stellte zu Handen eines amerikanischen Bürgers (der in Zürich domizilierte) eine Urkunde aus, dass nach dortigen Gesetzen und von dortigen Gerichten die durch Art. 56 geforderte Erklärung nicht erhältlich sei. Darin

wurde weiter gesagt: „Wenn aber der Kläger auf stichhaltige Gründe hin geschieden werde, so kümmere sich dort niemand darum, und er könne, gestützt auf ein offizielles Scheidungsdekret, ohne Bedenken eine neue Ehe eingehen.“ Die zürcherischen Gerichte haben zutreffend entschieden, dass damit der in Art. 56 geforderte Nachweis nicht geleistet sei. — Auch die allgemeine Erklärung einer Gesandtschaft, dass das Urteil wahrscheinlich anerkannt werde, genügt nicht (Journal XIV, S. 375 und 376).

3. Von den einzelnen Staaten ist zu sagen, dass sie die in Art. 56 verlangte Anerkennung nicht aussprechen.

a) Bezüglich Frankreich steht das fest. Auch wird anerkannt, dass der Staatsvertrag von 1869 sich nicht auf die Ehescheidung bezieht. Eine Zeitlang herrschte allerdings in Frankreich eine andere Meinung (B.-B. 1879, II, S. 578/9), sie ist aber aufgegeben (A. S. IV S. 668/9; B.-B. 1884, II, S. 743).

b) Was Österreich anbetrifft, so erklärte das k. k. Justizministerium auf ein bezügliches Gesuch:

> dass weder es noch eine andere k. k. Behörde zur Ausstellung einer Erklärung dahingehend befugt sei, dass die von schweizerischen Gerichten in Ehestreitigkeiten österreichischer Staatsangehöriger erlassenen Erkenntnisse dortseits anerkannt werden, und dass es vielmehr der Beurteilung der zuständigen österreichischen Behörden von Fall zu Fall überlassen bleiben müsse, ob ein vorliegendes Erkenntnis der bezeichneten Art dortselbst rechtliche Folgen nach sich ziehe.

Die Appellationskammer Zürich sprach aus, es bestehen mehrfache Zweifel darüber, ob ein in der Schweiz ausgefälltes Ehescheidungsurteil nach der österreichischen Gesetzgebung und Praxis in Österreich anerkannt werden müsse (H. E. V, S. 156 und 158). Auch das Bundesgericht fand, jener Beweis sei nicht zu voller Evidenz erbracht (a. a. O., S. 332 u. 333).

c) Russland erkennt unter keinen Umständen an, dass russische Untertanen, die Angehörige der orthodoxen griechischen Kirche sind, von einem auswärtigen Gerichte geschieden werden (Martens im Journal V. S. 142 und B.-B. 1885, II, S. 21).

Russland ist daher nicht in der Lage, den von der Schweiz verlangten Ausweis zu leisten.

d) In Serbien wird weder die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte noch die Vollstreckbarkeit ihrer Urteile in Ehescheidungssachen serbischer Angehöriger anerkannt (B.-B. 1887, II, S. 664).

e) Die Grossbritannische Regierung beobachtete ein divergierendes Verfahren.

α) Eine Anfrage wurde von England im Sinne der Anerkennung des schweizerischen Scheidungsurteils beantwortet, und zwar selbst für den Fall, dass die Scheidung ausschliesslich wegen Ehebruchs ausgesprochen werde. Diese Tatsache war um so beachtenswerter, als in England der Ehebruch des Mannes nur dann als Scheidungsgrund gilt, wenn er mit böswilliger, wenigstens zwei Jahre andauernder Verlassung verbunden ist (B.-B. 1889, II, S. 735).

β) Später wurde erklärt, die Ausstellung von Erklärungen gemäss Art. 56 Z. E.-G. werde im Prinzip abgelehnt. Zur Begründung wurde in der Hauptsache folgendes angeführt:

Es sei mit Rücksicht auf Gesetz und Prozessordnung von Grossbritannien für die Regierung bezüglich solcher Ansuchen praktisch unmöglich, ein Mehreres zu tun, als über die einschlägigen theoretischen Fragen des englischen Rechtes die Ansicht der jeweiligen Kronräte mitzuteilen. Solche von den Kronräten abgegebene Gutachten hätten aber keine rechtliche Bedeutung und vermöchten die englischen Gerichte nicht mehr zu binden, als die Ansicht irgendeines andern juristischen Experten. Die Regierung könne folglich in keinem Falle garantieren, von welcher Art und Tragweite allfällige Entscheide der englischen Gerichte rücksichtlich solcher in Gutachten besprochener Fragen sein würden.

f) Auch die übrigen katholischen Staaten Italien, Spanien, Portugal erkennen (wenigstens bez. der katholischen Untertanen) auswärtige Scheidungsurteile nicht an, und sie geben auch die in Art. 56 vorgesehene Erklärung nicht ab.

Die Schweiz hat allerdings mit Spanien einen Staatsvertrag über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen (1896/1898)

abgeschlossen (O. S. N. F. XVI, S. 780). Allein es ist zweifellos, dass ein schweizerisches Scheidungsurteil über Spanier in Spanien nicht anerkannt würde, weil dadurch die in Spanien geltenden Grundsätze des öffentlichen Rechts verletzt würden, — dieser Grund für die Exekutionsverweigerung ist in Art. 6 Nr. 3 des Staatsvertrages ausdrücklich vorgesehen. Die Voraussetzung des Art. 56 ist also auch gegenüber Spanien nicht gegeben.

g) Was das Deutsche Reich anbetrifft, so hat die Sache verschiedene Stadien durchgemacht.

Eine Zeit lang erteilten deutsche Behörden (Justizministerien und Appellationsgerichte) die in Art. 56 verlangte Erklärung oder sie erklärten wenigstens, dass die Scheidungsurteile gemäss der Praxis anerkannt werden. Plötzlich aber hörte dies auf (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XVII, S. 186—190). Man legte in Deutschland Gewicht auf den in solchen Prozessen geltenden exklusiven Gerichtsstand des Domizils (früher § 568, jetzt § 606 D. Z.-P.-O.), so dass dann der Deutsche überhaupt kein Forum fand. Deswegen musste ihnen jeweilen der Rat gegeben werden, wenigstens für die Dauer des Prozesses nach Deutschland zurückzukehren (B.-B. 1888 III, S. 249). Eine Zeitlang trat wieder eine andere Praxis ein. Das preussische Justizministerium erklärte 1897 (H. E. XVII, S. 124—125), es bestehe zwar keine Behörde, die berechtigt wäre, über die Anerkennung einer von schweizerischen Gerichten ausgesprochenen Ehescheidung eine bindende Erklärung auszustellen. Es wurde aber beigefügt, dass die allgemeine Frage von den meisten Appellationsgerichten der Monarchie bejaht worden sei, ob die vom Gerichte des ausländischen Wohnsitzes erkannte Scheidung eines Preussen für das Inland als rechtswirksam anzusehen sei. — Auch das Grossh. Badische Justizministerium stellte 1897 eine sachlich ähnliche Erklärung aus (H. E. XVI, S. 207 und XVII, S. 126). Übrigens ging das eidg. Justizdepartement von dem Standpunkt aus, dass die Annahme der Scheidungsklage von Badensern nicht gerechtfertigt sei, allein das Obergericht Zürich verblieb auf seiner Ansicht (H. E. XVI, S. 205).

Nach den in Art. 17 E.-G. zum B. G.-B. aufgestellten Grundsätzen ist es zweifellos, dass das Deutsche Reich die in Art. 56 Z. E.-G. vorgesehene Erklärung jetzt nicht mehr abzugeben in der Lage ist. Angesichts des neuen Rechtszustandes in Deutschland ist in der Schweiz ausgesprochen worden, dass die jetzt dort geltende Gesetzgebung, speziell § 328 Nr. 3 Z.-P.-O. in Verbindung mit Art. 17 E.-G. zum B. G.-B., eine unbedingte Anerkennung schweizerischer Scheidungsurteile ausschliesse (A. S. XXVI, 1, S. 209). Diese Entscheidung des Bundesgerichts ist die erste, die nach Inkrafttreten des deutschen B. G.-B. erlassen wurde und daher grundlegend. Auch der Bericht der Kommission des Ständeratss über die Geschäftsführung des B.-R. und des B.-G. im Jahr 1900 bestätigt, dass in der Schweiz keine Ehescheidungen zwischen Deutschen mehr ausgesprochen werden können (B.-B. 1901 III, S. 541).

Man könnte diese Auffassung bezweifeln und sagen, es ergebe sich ja erst im Verlaufe des Prozesses, ob Ehescheidungsgründe nach beiden Gesetzen vorliegen oder nicht und jedenfalls stehe nicht von Anfang an fest, dass dies nicht zutreffe. Allein schon die Annahme einer Ehescheidungsklage deutscher Staatsangehöriger durch schweizerische Gerichte setzt nach dem defekten Art. 56 voraus, dass dieses Zusammentreffen der Gründe nach den Gesetzen beider Staaten vorliege, und diese Tatsache kann unmöglich vor Beginn des Prozesses bezeugt oder bewiesen werden. Und wenn man gemäss der Praxis Art. 56 auch etwas lax interpretiert, so bleibt doch das Resultat, dass Deutschland höchstens eine ganz bedingte und verklausulierte Urkunde ausstellen könnte.

Übrigens ist die Rechtssituation der in der Schweiz domizilierenden Deutschen jetzt nicht mehr so bedenklich wie früher. Erhoben sie in der Schweiz eine Ehescheidungsklage, so wurden sie in der Regel damit zurückgewiesen, weil der von Art. 56 geforderte Nachweis nicht geleistet werden konnte, und wenn sie die Klage in Deutschland einleiten wollten, so wurden sie belehrt, dass sie am Domizilorte auftreten müssten. Jetzt ist die Sache anders, weil § 606 D. Z.-P.-O. (in der neuen

Fassung) ein Ehescheidungsforum öffnet für Deutsche, die im Auslande wohnen.

h) In Nordamerika wird die von der Schweiz geforderte Erklärung nicht ausgestellt (H. E. VIII, S. 379).

4. Wenn in einem Temporalscheidungsurteil der in Art. 56 geforderte Nachweis als erbracht angesehen ist, so dispensiert dies den Kläger nicht von der Verpflichtung, jenen Nachweis in dem von ihm angestrengten Prozess auf definitive Scheidung von neuem zu leisten. Durch diese Scheidungsklage wird ein neuer Prozess anhängig gemacht. (A. S. X, S. 482).

5. Indem Art. 56 von Ehen zwischen Ausländern spricht, setzt er voraus, dass beide Ehegatten Ausländer seien. Demnach sind von Art. 56 nicht betroffen:

a) Ehen, bei denen die Ehegatten überhaupt keinem bestimmten Staate angehören, heimatlos sind, oder bei denen der eine Teil heimatlos, der andere nicht Ausländer, sondern Schweizer ist. Hier kann der Konflikt, den der schweizerische Gesetzgeber durch die Vorschrift des Art. 56 verhüten wollte, dass nämlich ein schweizerisches Ehescheidungsurteil im Heimatstaate der Parteien nicht anerkannt würde und dieselben dort weiter als verheiratet gelten, gar nicht entstehen; denn die Parteien haben gar keinen Heimatstaat, bezw. für eine derselben ist es die Schweiz (B.-G.-E., A. S. XVII, S. 42).

b) Ehen, bei denen einer der Ehegatten Schweizer, der andere Ausländer ist. Dies gilt selbst dann, wenn der schweizerische Ehegatte gleichzeitig auch noch ein ausländisches Bürgerrecht besitzt, sofern er nur in der Schweiz wohnt, wie das Bundesgericht in zwei Fällen von Österreichern entschieden hat (A. S. XXVII 1, S. 183, XXXIII 1, S. 355). Im ersten Fall handelte es sich um die Scheidungsklage einer ursprünglichen Schweizerbürgerin, die durch Heirat Österreicherin geworden war und die, nach Trennung ihrer Ehe von Tisch und Bett, das Schweizerbürgerrecht wieder erworben hatte. Vgl. auch Schweiz. J.-Z. III (1907) S. 271. In einem gleichen Falle sprach auch das Bezirksgericht Zürich I. Abteilung, durch Urteil vom 20. Dezember 1906 die Scheidung aus; das Urteil ist abgedruckt in Schweiz. J.-Z. III (1907) S. 224.

In dem zweiten, vom Bundesgericht entschiedenen Falle (A. S. XXXIII 1, S. 355), auch abgedruckt in Revue de dr. i. pr. et de dr. p. i. VI (1910) S. 539, lagen die Verhältnisse so, dass ein katholischer Österreicher durch ein österreichisches Gericht von seiner Ehefrau von Tisch und Bett geschieden worden war; er erwarb dann das Schweizerbürgerrecht, seine von ihm getrennte Ehefrau war in der Bürgerrechtserteilung nicht inbegriffen, verblieb also österreichische Staatsangehörige. Der Ehemann erhob dann beim Bezirksgericht Winterthur Ehescheidungsklage, und sowohl dieses als das Zürcher Obergericht und das Bundesgericht verneinten die Anwendbarkeit des Art. 56 Z. E.-G.

In Zürich ist erkannt worden, dass eine Schweizerin gemäss Art. 43 Z. E.-G. eine Scheidungsklage gegen ihren Ehemann, der in Nordamerika wohnt und dort amerikanischer Bürger geworden ist, in der Schweiz erheben könne, sofern nur die Entlassung der Ehefrau aus dem schweizerischen Bürgerrecht nicht erfolgt ist und sie dasselbe daher beibehalten hat. Diese Kompetenz der schweizerischen Gerichte wird dadurch nicht beseitigt, dass der Ehemann in Nordamerika gleichfalls Scheidungsklage erhebt. Trotz der Möglichkeit eines Konfliktes sei, so betonte das Zürcher Obergericht, daran festzuhalten, dass jedem Schweizerbürger der heimatliche Gerichtsstand garantiert werden wollte (H. E. XVIII, S. 218, 232).

c) Wenn die Ehegatten verschiedenen ausländischen Staaten angehören, sei es jeder einem anderen oder beide gleichzeitig mehreren, so ist natürlich Art. 56 anwendbar, und es wird auf alle in Betracht kommenden Rechte Rücksicht genommen werden müssen.

6. Art. 56 ist endlich nur auf Verhältnisse anzuwenden, die sich nach dem nationalen Recht der Ehegatten als Ehe im Rechtssinn qualifizieren. Ist dies nicht der Fall, gilt z. B. die betreffende Ehe als nichtig, so entfällt die ratio legis für Art. 56. Vgl. Salis a. a. O., S. 22. Das Bundesgericht ist allerdings anderer Ansicht (A. S. IX, S. 454). In einem Fall, wo die betreffende Ehe nach dem ungarischen Heimatrecht der Litiganten nichtig war, hat es dennoch Art. 56 zur Anwen-

dung gebracht. Es stellte auf die Gültigkeit nach schweizerischem Recht ab und erklärte, dass die Ehe, weil sie in nach schweizerischem Recht formell ordnungsmässiger Weise vor dem zuständigen Zivilstandsbeamten abgeschlossen worden sei, so lange sie nicht von dem zuständigen Richter für ungültig erklärt werde, als zu Recht bestehend und in allen Beziehungen als gültige Ausländerehe behandelt werden müsse, also auch in Beziehung auf Art. 56.

7. Was speziell die Frage anbetrifft, ob die internen Gerichte befugt seien, trotz ihrer Inkompetenz zur materiellen Behandlung des Ehescheidungsprozesses oder während der Pendenz des im Auslande anhängigen Ehescheidungsprozesses provisorische Verfügungen oder Anordnungen zu treffen, so ist sie zu bejahen. So kann ein ausländischer Ehegatte, der hier domiziliert ist, seine elternrechtlichen Ansprüche hier geltend machen. Die Mutter kann zum Beispiel nicht beanspruchen, dass noch nicht schulpflichtige Kinder (vgl. z. B. § 637 P.-R. Zürich, der auch bei einer bloss faktischen oder vertraglich geordneten Trennung Anwendung findet) sogar dann bei ihr gelassen werden, wenn sie ihren Aufenthalt so entfernt vom Vater nimmt, dass dessen Recht, die Kinder von Zeit zu Zeit zu sehen, dadurch illusorisch gemacht würde. Die Ehefrau eines in Zürich domizilierten Bayern entfernte sich mit einem dreijährigen Knaben und begab sich nach München, nachdem die Ehescheidungsklage in Bayern anhängig gemacht worden war. Auf Begehren des Ehemannes wurde der Ehefrau vom Audienzrichter Zürich befohlen, den Knaben sofort ihrem Manne wieder zurückzustellen, unter der Androhung der Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams und eventuellen Zwangsvollzuges. Die Einrede der Inkompetenz (weil der Ehescheidungsprozess in Bayern anhängig war) wurde von der Rekurskammer verworfen. „Entscheidend ist lediglich, ob nach hiesigem Rechte, speziell dem B.-G. N. und A. der zürcherische Richter kompetent sei, und die Zuständigkeit des zürcherischen Richters hängt mit davon ab, ob der Ehemann sein Domizil in Zürich habe (B.-G. Art. 2), was zu bejahen ist.“ H. E. XII (1893), S. 248 und 249.

Freilich darf man nicht glauben, dass der Vater immer und unter allen Umständen berechtigt sei, die Kinder entgegen dem Willen der Mutter an sich zu ziehen und über dieselben zu verfügen. Insbesondere hat der Vater dann kein Recht, der Mutter das Kind wegzunehmen,

wenn er nicht imstande ist, dasselbe zu ernähren und zu erziehen, es vielmehr andern Leuten (und dazu gehören auch seine Eltern) überlassen muss (H. E. XV, S. 27). Überall steht naturgemäss das Interesse der Kinder obenan. Die betreffenden Ansprüche unterliegen aber richterlicher Kognition, und sie sind also nicht auf dem blossen Polizeiwege zu erledigen. Auch die Cour d'appel in Genf hat sich in diesem Sinne anlässlich einer in Genf eingereichten Ehescheidungsklage von Holländern ausgesprochen (Journal XXV, p. 191/2):

> La disposition prohibitive de l'art. 56 ne saurait s'appliquer qu'à la demande au fond, elle ne saurait être étendue à la demande tendant à ce que des mesures provisionnelles soient prises pour assurer protection à l'un des époux ou aux enfants issus du mariage, alors qu'une demande en divorce est formée devant la juridiction compétente.

II. *Soweit bisher Ausländer in der Schweiz überhaupt geschieden wurden, fand materiell ausschliesslich schweizerisches Recht Anwendung.*

Die ausschliessliche Anwendung des schweizerischen Rechtes auf eine Ehescheidung von Ausländern, soweit eine solche überhaupt mit Rücksicht auf Art. 56 Z. E.-G. prozessualisch zugelassen wurde, stand bisher fest.

So sagt z. B. das Bundesgericht (A. S. VIII, S. 822):

> Ist der schweizerische Gerichtsstand begründet, so muss die Klage auch nach schweizerischem Rechte beurteilt werden; denn es kann keinem Zweifel unterliegen, dass nach dem Z. E.-G., in Übereinstimmung übrigens mit der in Doktrin und Praxis des internationalen Privatrechts als herrschend zu betrachtenden Ansicht, in allen von den schweizerischen Gerichten zu entscheidenden Ehescheidungssachen ausschliesslich das Gesetz des Klageortes bezw. das schweizerische Ehescheidungsrecht anzuwenden ist.

In einem Urteil vom 3. Mai 1900 sagt das Bundesgericht (A. S. XXVI, 2, S. 208):

> Nun gibt es aber keinen Satz des materiellen internationalen Privatrechts der Schweiz, der dem hiesigen Richter auferlegen würde, das Scheidungsbegehren eines Ausländers

ausschliesslich oder *auch* aus dem Gesichtspunkte seines nationalen Rechtes zu beurteilen. Ebensowenig kann die Pflicht einer solchen Prüfung aus der Bestimmung von Art. 56 Z. E.-G. selbst hergeleitet werden, denn dieselbe ist nicht materiell-rechtlicher, sondern prozessualischer Natur, indem sie nicht eine Norm zur Beurteilung eines Streitverhältnisses, sondern eine Voraussetzung für die Annahme der Klage durch die hiesigen Gerichte aufstellt; überdies ergibt sich daraus klar, dass das Gesetz als materiell-rechtlichen Grundsatz für internationale Scheidungsfälle eben nicht das Heimatprinzip, sondern die lex fori betrachtet, d. h. dass der Schweizer Richter eine Scheidungsklage, auch wenn die Eheleute Ausländer sind, lediglich nach seinem Rechte zu beurteilen hat.

Vgl. auch A. S. XXXIII, 2, S. 13 und Salis, a. a. O., S. 47.

III. *Über die Stellung der Ausländer in der Schweiz nach dem Z.-G.-B. vgl.* § 46.

B. Ehescheidung von Schweizern im Ausland.

Die Bundesgesetzgebung und Praxis nahm bis in die jüngste Zeit den Standpunkt ein, dass Schweizer, die im Ausland wohnen, nur im nationalen Staate geschieden werden können.

1. Für die Exklusivität des schweizerischen Gerichtsstandes wurde Art. 43 Z. E.-G. angerufen. Derselbe bestimmt:

> Ehescheidungsklagen und Klagen auf Ungültigkeit einer Ehe sind bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Ehemannes anzubringen ....
>
> Beim Abgang eines Wohnsitzes in der Schweiz kann die Klage am Heimat- (Bürger-) Orte oder am letzten schweizerischen Wohnort des Ehemannes angebracht werden.

2. Art. 43 Abs. 2, wurde nun von der herrschenden Praxis so ausgelegt, dass hierdurch für die Ehescheidungsklagen von Schweizern, die im Ausland wohnen, ein ausschliesslicher Gerichtsstand in der Schweiz statuiert werde. Dies war speziell die Ansicht des Bundesrats, der als Oberaufsichtsbehörde über die Zivilstandsämter diesen die Vormerkung ausländischer Scheidungsurteile in den Heiratsregistern untersagte. (B.-B. 1888 II, S. 774, Nr. 27, S. 775, Nr. 28; 1892 II, S. 518;

1897 I, S. 373); Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Auflage, IV, Nr. 1573.

Hieraus ergaben sich allerdings oft unhaltbare Zustände. So wurde z. B. die Scheidung eines Schweizers, die durch ein kalifornisches Gericht ausgesprochen worden war, im schweizerischen Eheregister nicht eingetragen. Die Frau heiratete aber, da die Scheidung in den Vereinigten Staaten von Nordamerika rechtsgültig war, in New-York einen anderen Schweizer. Mit Rücksicht auf Art. 54 Abs. 3, B.-V. (Art. 25 Abs. 3 Z. E.-G.) musste diese zweite Ehe, obschon nach schweizerischem Recht Bigamie vorlag, in der Schweiz anerkannt und im Zivilstandsregister eingetragen werden. In den schweizerischen Zivilstandsregistern war also diese Frau zweimal als rechtmässig verheiratet und doch niemals als geschieden eingetragen (B.-B. 1897 I, S. 372).

3. Auch die Gerichte standen zum grössten Teil auf dem gleichen Standpunkt. So wies noch am 6. Februar 1904 das bernische Obergericht das Vollstreckungsgesuch eines in Mülhausen geschiedenen Berner Kantonsbürgers ab mit der Begründung, Art. 43 Abs. 2 Z. E.-G. setze absolut und ausschliesslich fest, welche Behörden über Scheidungsklagen von Schweizern im Auslande zuständig seien (vgl. Huber a. a. O., S. 241). Ebenso ist hinzuweisen auf die zürcherische Rechtsprechung z. B. H. E. XIV, S. 165. Im entgegengesetzten Sinne sprach sich allerdings ein Urteil des Zivilgerichts Basel aus (Revue der Gerichtspraxis XVIII, Nr. 28, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer X., S. 86—89).

4. Der Bundesrat milderte dann seine Praxis, indem er die Eintragung ausländischer Scheidungsurteile in den schweizerischen Zivilstandsregistern wenigstens unter der Bedingung gestattete, dass das zuständige kantonale Gericht dem Urteil das Exequatur erteile.

Auch die Tatsache, dass der Bundesrat die Kompetenz der Konsulargerichte für die Scheidung von Schweizern in ihrem Bezirk anerkannte, versetzte der bisherigen Auslegung des Art. 43 Abs. 2, einen starken Stoss (vgl. Meili, Internationales Zivilprozessrecht, S. 229).

5. Die Bestimmung des Art. 5 Ziff. 2, der Konvention, wonach die Gerichtsbarkeit des Heimatstaates allein berufen ist, soweit sie nach dem Heimatrecht ausschliesslich zuständig ist, machte eine laxere

Interpretation des Art. 43 Abs. 2, notwendig. In der Botschaft zur Konvention (B.-B. 1904 V, S. 886) sagt der Bundesrat allerdings noch:

> Da Art. 43 Z. E.-G., wenigstens nach der herrschenden Auffassung, einen ausschliesslichen Gerichtsstand am letzten Wohnort oder am Heimatort aufstellt, so können Schweizer im Auslande nur in der Schweiz eine Scheidungsklage anbringen.

Der Bundesrat ersuchte aber noch das Bundesgericht um ein Gutachten über die Tragweite des Art. 43 Abs. 2. In diesem Gutachten, das nicht publiziert ist, kommt das Bundesgericht zu dem Schluss, dass Art. 43 Abs. 2, keinen ausschliesslichen schweizerischen Gerichtsstand für Scheidungsklagen von Schweizern im Ausland begründe. Die Bestimmung des Art. 43 Abs. 2, entspringe der Befürchtung, dass ausländische Staaten hinsichtlich der Geltung des Scheidungsrechtes und der Zuständigkeit für Scheidungsklagen dem Heimatprinzip folgen und die eigene Jurisdiktion ablehnen. Daneben möge die Erwägung mitgespielt haben, den im Ausland wohnenden Schweizern auch die Berufung auf die weitgehenden Scheidungsgründe des schweizerischen Rechtes zu ermöglichen. Schon das weise darauf hin, dass man es mit einer Gunst, nicht mit einem Zwang zu tun habe, was auch durch den Wortlaut der Bestimmung (die Klage *kann* ...... angebracht werden) unterstützt werde. Die heimatliche Jurisdiktion trete lediglich subsidiär neben oder an die Stelle der Jurisdiktion, der die Schweizer im Ausland nach ihrem Domizil unterstehen. Letztere Jurisdiktion sei auch die international von der Schweiz in erster Linie anerkannte, und so gut als die Schweiz ihre Jurisdiktion in Anspruch nehme für Ehescheidungsklagen hier wohnender Ausländer, so gut müsse sie die Jurisdiktion des Domizilstaats gegenüber im Ausland wohnenden Schweizern anerkennen (Hauser, a. a. O., S. 12).

6. Im Anschluss an dieses Gutachten änderte auch der Bundesrat seine Praxis. So wird z. B. in einem Schreiben an die zürcherische Direktion des Innern vom 17. Februar 1907 erklärt, der Bundesrat habe keinen Grund mehr, auf seinen früheren grundsätzlichen Anschauungen zu beharren und als Oberaufsichtsbehörde der mit der Führung der Zivilstandsregister betrauten Verwaltungsbehörden die Eintragung ausländischer Ehescheidungsurteile zu verbieten. Das

Schreiben ist abgedruckt in Schweiz. J.-Z. III (1907), S. 271, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung VII, Nr. 25 Vgl. auch Handbuch für Zivilstandsbeamte, Nachtrag zu Nr. 213, S. 197 und Geschäftsbericht des eidg. Justizdepartements für 1906, B.-B. 1907 I, S. 542, Nr. 25.

7. Die kantonalen Gerichte haben, im Anschluss an die vom Bundesrat vollzogene Schwenkung, ihre Praxis geändert und die Annahme eines exklusiven Forums auf Grund von Art. 43 Abs. 2, Z. E.-G. verlassen. Es ist hier zu verweisen auf das Urteil des bernischen Obergerichts vom 4. April 1908 (Schweiz. J.-Z. IV, S. 343) und auf die Urteile des zürcherischen Obergerichts vom 9. September 1908 und vom 1. Oktober 1908 (Z. R. VII, Nr. 162, VIII, Nr. 3).

Ferner hat sich das Gesamtobergericht Zürich am 22. September 1908 auf die Anfrage eines deutschen Gerichtes ebenfalls für die Kompetenz des ausländischen Domizilgerichtes und daher für die Anerkennung eines durch dasselbe zwischen schweizerischen Ehegatten erlassenen Scheidungsurteiles in der Schweiz ausgesprochen (Z. R. VIII, S. 8).

8. Diese neue Auffassung der Kompetenz ausländischer Gerichte zur Scheidung schweizerischer Ehegatten ist auch im Z.-G.-B. festgelegt worden. Art. 61 des Schl.-T., Ziffer 7 g bestimmt:

> Ein im Ausland wohnender schweizerischer Ehegatte kann eine Scheidungsklage beim Richter seines Heimatortes anbringen.
>
> Die Scheidung erfolgt in diesem Falle ausschliesslich nach schweizerischem Recht.
>
> Ist die Scheidung schweizerischer, im Ausland wohnender Ehegatten durch ein nach dortigem Rechte zuständiges Gericht ausgesprochen, so wird sie in der Schweiz auch dann anerkannt, wenn die Scheidung nach schweizerischem Recht nicht begründet gewesen wäre.

Es wird also ausdrücklich das Wahlrecht zwischen dem Forum des Domizils und demjenigen der Heimat offen gelassen. Absatz 3 führt sodann auf dem Gebiete der Ehescheidung wenigstens für Schweizerbürger den gleichen Grundsatz ein, der für die Eheschliessung durch Art. 54 Abs. 3, B.-V. sanktioniert ist.

Anmerkung.

Während Art. 43 Z. E.-G. vorschreibt, dass Ehescheidungsklagen beim Gericht des Wohnsitzes des *Ehemannes* anzubringen sind, bestimmt Art. 144 Z.-G.-B.:

> Für die Klage ist der Richter am Wohnsitze des *klagenden Ehegatten* zuständig.

Diese interne Norm enthält eine Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand. Veranlasst ist sie offenbar durch die Rücksicht auf die Ehefrau, der in gewissen Fällen die rechtliche Möglichkeit eines selbständigen Wohnsitzes eingeräumt ist, und zwar besteht sie nach der Fassung des Art. 25,2 und 170 Z.-G.-B. weit häufiger als bisanhin. Sodann ist einer der Grundgedanken des Gesetzbuches der, dass die beiden Eheteile völlig gleichgestellt sein sollen.

§ 34. Die von der Konvention vorgesehenen Modalitäten der Eheauflösung in ihrer begrifflichen Bedeutung.

I. *Die von der Konvention gebrauchten Ausdrücke divorce (Scheidung) und séparation de corps (Trennung von Tisch und Bett) sind im universal-rechtlichen Sinne zu verstehen; auf die konkrete Ausgestaltung speziell der Trennung in den einzelnen Rechten ist keine Rücksicht zu nehmen.*

1. Die Staaten, die an den Haager Konferenzen teilgenommen haben, bezw. der Scheidungskonvention endgültig beigetreten sind, kennen verschiedene Formen der Auflösung einer Ehe und haben für sie natürlich auch verschiedene sprachliche Ausdrücke. Die Konvention spricht hingegen ganz allgemein von divorce (Scheidung) und séparation de corps (Trennung von Tisch und Bett). Sollen diese Worte überhaupt einen *alle* in Betracht kommenden Rechte umfassenden Sinn haben, so müssen sie ohne Rücksicht auf die Terminologie des einzelnen konkreten Rechts und dessen Details in ihrer universal-rechtlichen Bedeutung aufgefasst werden. Vgl. oben § 10.

2. Hiernach ist Scheidung die Auflösung der Ehe dem Bande nach (quoad vinculum) mit der Wirkung, dass für jeden der geschiedenen Ehegatten, sei es sofort oder nach Ablauf einer gewissen Frist, die Möglichkeit der Eingehung einer neuen Ehe besteht. Wie das konkrete Recht diese Auflösungsform der Ehe benennt, ist unerheblich; sie ist „Scheidung" im Sinne der Konvention, sollte sie auch anders heissen. Lehrreich sind z. B. in dieser Hinsicht Österreich und Spanien, die allerdings der Konvention nicht, beziehungsweise zurzeit noch nicht angehören. Entgegen dem Sprachgebrauch des

gemeinen Rechts und des deutschen B. G.-B. nennt das österreichische Recht die gänzliche Lösung dem Bande nach „Trennung“ der Ehe, die blosse Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dagegen „Scheidung“ von Tisch und Bett (§§ 103 ff. österreichisches a. b. G.-B.). Und das spanische Zivilgesetzbuch spricht in Art. 104 ff. von der in Spanien allein zulässigen Trennung von Tisch und Bett als von „divorcio“.

Ob der Ehescheidungs*prozess* nach dem betreffenden Rechte vor ordentlichen oder geistlichen Gerichten oder sogar vor einer Administrativbehörde geführt wird — so erfolgt z. B. nach schwedischem Recht die Ehescheidung in einigen Fällen statt durch die Gerichte durch den König (Leske und Löwenfeld, S. 478) — ist für den Begriff der Scheidung unerheblich.

3. Schwieriger als der der Scheidung ist der konventionsmässige Begriff der séparation de corps (Trennung von Tisch und Bett) zu bestimmen.

a) Die separatio quoad thorum et mensam stammt aus dem kanonischen Recht. Wenn auch das Tridentinum eine Trennung des ehelichen *Bandes* für unzulässig erklärt, so geschah dies doch nicht hinsichtlich der Trennung des ehelichen *Zusammenlebens*. Eine solche kann eintreten als separatio *perpetua*, wenn der eine Teil sich eines bewiesenen und nicht verziehenen Ehebruchs oder fleischlichen Vergehens schuldig gemacht hat, auf Antrag des anderen unschuldigen Teiles. Der letztere darf die Trennung jeden Augenblick ohne richterliche Vermittlung aufheben und soll dazu genötigt werden, sobald er selbst einen Ehebruch begeht. Daneben besteht eine separatio *temporaria* aus anderen, vom geistlichen Richter zu beurteilenden Gründen, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Vgl. Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 4. Aufl., 1895, S. 438.

b) Es ist nun zu konstatieren, dass die separatio in der geschilderten und ihr durch das kanonische Recht gegebenen Ausprägung nirgends in den Konventionsstaaten besteht: sie ist vielmehr unter dem Einfluss des Naturrechts in ihren Voraussetzungen und Wirkungen erheblich modifiziert worden. So sind die Trennungsgründe beträchtlich erweitert worden, und nach österreichischem (§ 103—106 a. b. G.-B.) und italie-

nischem Recht (Art. 158 Cod. civ.) kann sogar die Trennung auf gegenseitige Übereinstimmung hin gefordert werden. Ferner ist eine *einseitige* Wiederaufnahme des ehelichen Lebens durch den unschuldigen Teil nach den Gesetzen, welche die Trennung kennen, regelmässig nicht zulässig. Es bedarf vielmehr der gegenseitigen Übereinstimmung, die nach österreichischem Recht dem ordentlichen Gericht, das die Trennung bewilligt, bezw. dem Gericht des gegenwärtigen gemeinschaftlichen Wohnsitzes angezeigt und nach portugiesischem Recht sogar in einer Sühnverhandlung vor dem Friedensrichter konstatiert werden muss (Leske und Löwenfeld, S. 74, 404). Während endlich nach dem kanonischen Begriff der Separation der schuldige Teil eine rein passive Rolle spielt und von sich aus weder die Aufhebung noch die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erwirken kann, ist dies speziell in den Ländern, die neben der Trennung noch die Ehescheidung kennen, gerade umgekehrt. Das typische Beispiel hierfür bietet Belgien, wo noch der Art. 310 des Code civ. in seiner ursprünglichen Fassung in Kraft steht. Derselbe bestimmt:

> Lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, aura duré trois ans, *l'époux qui était originairement défendeur*, pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation.

Hieraus ergibt sich also, dass gerade nur der im Separationsverfahren als schuldiger Teil figurierende Ehegatte nach dreijähriger Dauer die Aufhebung der Separation, und wenn seinem Begehren nicht entsprochen wird, die Umwandlung in Ehescheidung verlangen kann.

In den anderen Konventionsstaaten, welche die Separation neben der Ehescheidung kennen, kann die letztere von *beiden* Ehegatten nach einer gewissen Dauer der Trennung verlangt werden, so in Ungarn nach zwei, in Frankreich nach drei, in den Niederlanden nach fünf Jahren (Leske und Löwenfeld, S. 107, 291, 254).

Aus den unter *a)* und *b)* gemachten Erörterungen folgt, dass der

konventionsmässige Begriff der Trennung von Tisch und Bett nicht die Requisite der kanonischen separatio quoad thorum et mensam aufzuweisen braucht, weil keines der in den Konventionsstaaten bestehenden positiven Institute dieser Art diesen Erfordernissen nachkommt. Andererseits kann aber auch die positive Ausgestaltung in einem konkreten Recht kein Hindernis bilden, das betreffende Institut als Trennung von Tisch und Bett anzusehen, wenn es nur deren *Wesen* enthält. Auf dieses Wesen — gleichsam das juristische Skelett des Instituts — ist zurückzugehen. Dieses aber bestimmt sich rein negativ durch den Gegensatz zur Ehescheidung als die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ohne Lösung des Ehebandes.

II. *Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des deutschen Rechts charakterisiert sich im Sinne der Konvention gleichfalls als eine Trennung von Tisch und Bett.*

1. Das deutsche Recht kennt eine sog. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. §§ 1575, 1576 B. G.-B. bestimmen:

> § 1575. Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen. Beantragt der andere Ehegatte, dass die Ehe, falls die Klage begründet ist, geschieden wird, so ist auf Scheidung zu erkennen.
>
> Für die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gelten die Vorschriften der §§ 1573, 1574.
>
> § 1576. Ist auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder der Ehegatten auf Grund des Urteils die Scheidung beantragen, es sei denn, dass nach der Erlassung des Urteils die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt worden ist.

Es fragt sich nun, ob diese deutsch-rechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Singularität oder ob sie lediglich als Spielart der Trennung von Tisch und Bett zu betrachten ist.

2. Für das positive deutsche internationale Privatrecht ist die Frage durch Art. 17 Absatz 4 E.-G. entschieden, wonach auf Scheidung *sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft* auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden kann, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze als nach den deutschen

Gesetzen die *Scheidung* zulässig sein würde. Die deutsche Gesetzgebung identifiziert also die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit der Scheidung, das gleiche tut das Reichsgericht. Dieser Gerichtshof sprach nämlich (Entsch. in Zivilsachen Bd. 48, S. 148) aus:

> Die der in der Literatur allerdings mehrfach vertretenen Meinung zugrunde liegende Auffassung, dass die Trennung von Tisch und Bett im wesentlichen dasselbe sei, wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, verkennt das Wesen der Institute. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gewährt die jederzeitige Möglichkeit, sofort die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen; sie ist eine nur *suspensiv noch bedingte*, und zwar potestativ bedingte, *Scheidung*, während die Trennung von Tisch und Bett materiell etwas ganz anderes ist, da sie das Band der Ehe unberührt lässt.

Auch der deutsche Delegierte an der dritten Haager Konferenz sprach sich in diesem Sinne aus. Die Protokolle berichten hierüber (Actes 1900, S. 208):

> Dans cet ordre d'idées, M. le Délégué d'Allemagne a tenu à déclarer que la législation allemande ne reconnaissait que le divorce et que, par suite, les Allemands ne pouvaient obtenir la séparation de corps à l'étranger. Il y a bien une cessation provisoire de la vie commune (§§ 1575 et 1576 du nouveau Code civil et art. 17, al. 4, de la loi d'introduction) qui se distingue de la séparation de corps en ce qu'elle ne peut être prononcée ni maintenue qu'avec le consentement des deux époux, et qu'elle n'a aucune durée déterminée, tandis que la séparation de corps peut être obtenue par un des époux contre la volonté de l'autre et qu'elle dure, soit pendant un temps déterminé, soit même indéfiniment. Cette cessation de la vie commune ne peut être ordonnée que dans les cas où un divorce serait possible et, par conséquent, n'est pas accordée aux étrangers dont la loi nationale n'admet pas le divorce. Quant aux étrangers dont la loi admet le divorce, il semble que le bénéfice de cette institution ne doit pas leur être refusé.

Die Konsequenz dieser Anschauung würde darin bestehen, dass nicht nur Ausländern, deren Heimatrecht nur die Separation kennt,

in Deutschland die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, sondern dass vor allen Dingen auch Deutschen in Staaten, die nur die Separation kennen (z. B. Italien, Portugal) die letztere versagt werden müsste.

3. Nun kann, was für das positive deutsche internationale Privatrecht des E.-G. gilt, nicht ohne weiteres auf das sonstige internationale Privatrecht, speziell nicht die Konvention, übertragen werden. Zunächst wird in der deutschen Literatur selbst trotz Art. 17, Abs. 4 E.-G. vielfach die Ansicht vertreten, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sei nicht im Wesen, sondern nur in der Bezeichnung von der Trennung von Tisch und Bett verschieden. Vgl. Frantz: Können deutsche Gerichte bei Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XI, S. 345 ff., speziell die auf S. 358 N. 31 zitierten. Frantz selbst ist freilich entgegengesetzter Ansicht.

Sodann kann speziell der Äusserung des deutschen Delegierten an der dritten Haager Konferenz ein ausschlaggebendes Gewicht nicht beigemessen werden; es liegt hierin keine authentische Interpretation (vgl. oben § 13). Namentlich kann eine solche Erklärung für ausserdeutsche Gerichte keine verbindliche Kraft haben. Diese werden die Institution der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vielmehr theoretisch selbständig würdigen müssen. Von diesem Standpunkt aus ist zu sagen: die deutsch-rechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft muss im Sinne der Konvention als eine Art der Trennung von Tisch und Bett angesehen werden, weil sie in ihrem Wesen — Aufhebung des ehelichen Lebens ohne solche des Ehebandes — dieser ganz nahe kommt. Auf die kanonische separatio quoad thorum et mensam darf nicht abgestellt werden, denn diese findet sich — wie oben nachgewiesen — nirgends mehr verwirklicht. Die Regelung der Trennung von Tisch und Bett ist in den einzelnen in Betracht kommenden Ländern eine ganz verschiedene. Speziell ist hinzuweisen auf den Gegensatz zwischen der Trennung als einziger Möglichkeit der Eheauflösung und der Trennung, bei der nachfolgend eine Konversion in Ehescheidung zulässig ist und die man konversionsfähige Trennung nennen könnte. Und doch werden diese beiden Arten der Trennung im Sinne der Konvention gleich behandelt. Unter diesen Umständen ist der Hauptunterschied zwischen den beiden Instituten, der Separation und der deutschen Aufhebung der

ehelichen Gemeinschaft, kein so tiefgreifender, dass man sie als von wesentlich verschiedener Natur bezeichnen könnte.

III. *Unter die Konvention fällt nur diejenige Trennung von Tisch und Bett, welche wirklich eine Form der Eheauflösung und nicht nur eine provisorische Massregel ist.*

1. Es muss sich bei der Trennung von Tisch und Bett wirklich um eine Form der Auflösung der Ehe handeln, damit sie unter den konventionsmässigen Begriff fällt. Darum gehören nicht hierher diejenigen Institute, die zwar den Namen „Trennung von Tisch und Bett“ führen, aber nicht dem Zwecke der Eheauflösung dienen. Zu verweisen ist hier z. B. auf Art. 47 Z. E.-G. und die andern oben § 32 angeführten Rechte. Diese sog. Trennung von Tisch und Bett soll prinzipiell nicht der Lösung, sondern vielmehr der Sanierung und Wiederanknüpfung des Ehebandes dienen; oder dann ist sie ein Vorläufer der definitiven Scheidung. So sagt auch das Bundesgericht (A. S. IV, S. 669/70):

> La séparation de deux ans prévue à l'art. 47 de la loi n'est qu'un état transitoire et provisoire destiné à conduire nécessairement soit à la restauration, soit à la dissolution complète du lien conjugal, et n'a dès lors rien de commun avec la séparation illimitée. Il s'ensuit que dans aucune circonstance le juge suisse ne peut être admis à se nantir d'une demande tendant à lui faire introniser, même entre époux étrangers, un régime que le législateur fédéral a définitivement repoussé.

Den Unterschied der schweizerischen Trennung von Tisch und Bett von der italienischen separazione hat auch das zürcherische Obergericht scharf betont, indem es auf eine Einfrage, ob in Zürich die Trennung von Tisch und Bett zwischen Italienern im Sinne ihres Heimatrechtes vollzogen werden könne, verneinend antwortete (Z. R. V, Nr. 158).

Diesem Wesen der Trennung von Tisch und Bett entspricht es auch, dass die Parteien sie nicht selbständig verlangen können. Das Bundesgericht (A. S. III, S. 376) sagt hierüber:

> L'alternative de se prononcer pour le divorce ou pour la séparation de corps n'est donné qu'au tribunal, et aucune

latitude de choix entre ces deux éventualités n'y est laissée à la partie demanderesse.

Das neue Z.-G.-B. bringt eine Änderung des gegenwärtigen Rechtszustandes. Art. 43 bestimmt:

> Die Klage geht entweder auf Scheidung der Ehe oder auf Trennung der Ehegatten.

2. Es handelt sich hier im wesentlichen um eine *prozessuale* Norm, die dadurch ihren Charakter nicht verliert, dass sie nicht in einem Prozessgesetz steht. So findet sich z. B. die den gleichen Zweck verfolgende Norm des § 620 der deutschen Z.-P.-O. im *Prozess*gesetze; § 620 bestimmt:

> Hat der Kläger die Aussetzung des Verfahrens über eine Scheidungsklage beantragt, so darf das Gericht auf Scheidung nicht erkennen, bevor die Aussetzung stattgefunden hat. Die Aussetzung ist von Amtes wegen anzuordnen, wenn die Scheidung auf Grund des § 1568 B. G.-B. beantragt ist und die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint.
>
> Auf Grund dieser Bestimmungen darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreites nur einmal und höchstens auf zwei Jahre angeordnet werden.

Die sog. Aussetzung, ein rein prozessuales Institut, tritt also hier an die Stelle der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett, mit der sie zwar nicht den rechtlichen Charakter, wohl aber den Effekt teilt.

3. Es ist ferner darauf zu verweisen, dass sich auch in Frankreich eine bezügliche Vorschrift vorfindet. Die loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps vom 18. April 1886, aufgenommen in den Code civil, bestimmt in dessen Art. 246:

> Lorsque la demande en divorce est formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'art. 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce. Dans ce cas il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois. Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant

le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce.

4. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese zeitweilige Trennung von Tisch und Bett einzutreten habe, unterliegt also nicht der Konvention, sondern richtet sich einzig und allein nach dem von der lex fori aufgestellten innerstaatlichen internationalen Privatrecht.

Anmerkungen.

1. Über die Behandlung der deutsch-rechtlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Gebiete der Konvention vgl. speziell die Ausführungen bei Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XV, S. 167 ff.

2. Roguin, Le mariage, S. 265, äussert sich über die Rechtsnatur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft folgendermassen:

Il résulte des renseignements à nous donnés à la Conférence de la Haye de 1900 que le gouvernement allemand attache un certain prix à ce qu'on ne représente pas la législation impériale comme consacrant la séparation de corps proprement dite. Mais il est évident qu'aucune volonté contraire ne saurait retirer d'une loi une institution admise en réalité par ses dispositions. L'on ne doit, d'ailleurs, pas confondre cette *séparation de corps déguisée* dont le prononcé et le maintien dépendent de la volonté concordante des deux époux, avec une séparation contractuelle. Dans ce dernier cas il suffit du concours des volontés, confirmé ou non par l'autorité, dans celui du Code allemand, il faut l'existence d'une des causes de divorce et un jugement proprement dit.

3. Für die gleiche Behandlung von Trennung von Tisch und Bett und deutschrechtlicher Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft spricht sich auch R. Lewin, Trennung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland, Leipzig 1910, S. 57/58 aus. Er bezeichnet beide als eine vom Staat mit Rücksicht auf das katholische Dogma von der Unlösbarkeit der Ehe konzessionierte Auflösungsart derselben, die sich als eine Scheidung unter der Bedingung „wenn ihr wollt" darstellt.

4. Die Möglichkeit einer Aussetzung des Scheidungsprozesses statt des Erlasses einer temporären Trennung, der ja immer ein materielles Eintreten auf den Prozessstoff verlangt, wurde auch vom schweizerischen Gesetzgeber ins Auge gefasst. Huber in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches (1901), S. 137, sagt hierüber:

Eine viel wichtigere Ursache der Missstände liegt in dem Scheidungsverfahren, und dieses bleibt den Kantonen überlassen. Freilich ist es doch erwogen worden, ob nicht der Bund hier einen Schritt weiter gehen dürfte, und in diesem Sinne war eine Bestimmung in der früheren Redaktion des Entwurfes vorgeschlagen worden, wonach der Richter, wenn die Scheidungsklage angebracht war, auf Antrag des Klägers, oder bei einem Scheidungsgrund, der nicht mit Strafe bedroht ist, von sich aus, die Verhandlungen in jedem Stande des Prozesses auf längstens zwei Jahre auszusetzen befugt gewesen wäre, sobald Hoffnung vorhanden, dass die beiden Ehegatten sich inzwischen wieder versöhnen werden. Der Vorschlag wurde nicht aufgenommen, weil er zu sehr in das kantonale Prozessrecht eingegriffen und mit der Stellung des

Richters manchenorts in zu grossem Widerspruch gestanden hätte. Es wird also Sache der kantonalen Gesetzgebung bleiben, in dieser Richtung durch zweckmässige Vorkehren im Scheidungsverfahren zur Verbesserung der Verhältnisse beizutragen.

5. Über die Stellung der in Deutschland niedergelassenen Schweizer zur deutschrechtlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vgl. unten § 46.

§ 35. Der nach der Konvention massgebende Grundsatz im allgemeinen.

Nach der Konvention können die Ehegatten eine Scheidungsklage nur dann erheben, wenn sowohl ihre lex patriæ als auch die lex fori die Scheidung, wenn auch aus verschiedenen Gründen, zulassen (Art. 1 und 2). Jedoch ist die kumulative Anwendung der lex fori neben der lex patriæ nicht durch eine überstaatliche Norm befohlen, sondern nur fakultativ freigestellt (Art. 3). Das gleiche gilt für die Trennung von Tisch und Bett.

1. Unter den verschiedenen geschilderten Systemen hatte die Konvention eine Auswahl zu treffen. Die Systeme der ausschliesslichen Geltung der lex fori und der lex patriæ wurden verworfen. Das letztere erfolgte notwendigerweise auch deshalb, weil die Konvention mit dem Grundsatz der exklusiven Zuständigkeit der heimatlichen Gerichte für die Ehescheidung brach. Ebenso wurde das vom Institut de droit international empfohlene System nicht adoptiert. Trotzdem weist die Konvention Spuren dieses Systems auf, wenn auch nicht materiell, so doch in der systematischen Anordnung. Dies zeigt sich vor allem in der Auseinanderhaltung der beiden Fragen nach der prinzipiellen Zulässigkeit von Scheidung bezw. Trennung und nach den Scheidungs- bezw. Trennungsgründen, wie sie sich in Art. 1 und 2 findet. Materiell regelt die Konvention beide Fragen in gleicher Weise, nämlich im Sinne kumulativer Anwendung von lex patriæ und lex fori; jene Auseinanderhaltung ist daher nicht systematisch notwendig, sondern sie erklärt sich eben als eine historische Reminiszenz an das Reglement des Institut de droit international.

2. Als Prinzip stellen Art. 1 und 2 den Satz auf, dass die Ehegatten eine Scheidungsklage nur dann erheben können, wenn sowohl ihre lex patriæ als auch die lex fori die Scheidung, sei es auch aus verschiedenen Gründen, zulassen. Auf die Einzelheiten dieser beiden Voraussetzungen wird unten §§ 36 und 37 eingetreten. Hier ist nur ihre allgemeine Bedeutung zu erörtern.

3. Die Anwendbarkeit der lex patriæ und der lex fori ist von der Konvention zwar kumulativ, aber doch in ganz verschiedener Art und Intensität angeordnet. Die Anwendung der lex patriæ ist das Primäre, sie beruht auf einer durch die Konvention gesetzten überstaatlichen Imperativnorm, und sie ist obligatorisch. Die Anwendung der lex fori dagegen ist fakultativ, es ist ihr lediglich eine prohibitive Eingriffsbefugnis verliehen. Dies entspricht der Natur der Sache; es kann nicht in der Aufgabe eines Staatsvertrages liegen, der in erster Linie die Anerkennung der im Ausland durchgeführten Ehescheidungen im Heimatstaat der Ehegatten auf Grundlage des Nationalitätsprinzips sichern will, überstaatlich die obligatorische Anwendung auch der lex fori anzuordnen, sondern es genügt, wenn er ihr genügend Spielraum lässt, um prohibitiv ihren ordre public zur Geltung zu bringen. Art. 3, der unten § 39 im Detail behandelt wird, bringt diesen Gedanken scharf zum Ausdruck.

4. In der Eheschliessungskonvention Art. 2 ist die prohibitive Eingriffsbefugnis der lex loci celebrationis im Interesse ihres ordre public genau spezialisiert, in der vorliegenden Scheidungskonvention ist dies — obwohl es auch angeregt wurde (Actes 1894 S. 76) — bezüglich der lex fori nicht geschehen. Es besteht also keine überstaatliche Schranke für die prohibitive Wirkung des ordre public der lex fori. Dies erschwert zwar die Ehescheidung, hat aber internationale Kollisionen nicht zur Folge; denn es bleibt dann eben einfach der Status quo aufrecht, und es besteht die Ehe, die nach der lex patriæ der Ehegatten geschieden werden könnte, weiter.

5. Unter der lex patriæ ist das Recht des Staates zu verstehen, dem die Ehegatten zur Zeit der Erhebung der Klage angehören. Da in den Staaten der Konvention die Frau mit dem Abschluss der Ehe die Staatsangehörigkeit des Mannes erwirbt, so wird diese lex patriæ für beide Ehegatten regelmässig die gleiche sein. Über den Fall verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten vgl. unten § 40.

6. Was für die Scheidung bestimmt ist, gilt nach der Konvention auch für die Trennung von Tisch und Bett.

§ 36. Die prinzipielle Zulässigkeit der Scheidung und der Trennung.

Zur Erhebung einer Scheidungs- oder Trennungsklage ist, unter dem Vorbehalt von Art. 3, erforderlich, dass die Scheidung bezw. die

Trennung sowohl nach dem nationalen Recht der Ehegatten als auch nach der lex fori grundsätzlich zulässig ist.

Es sind hier verschiedene Kombinationen auseinanderzuhalten.

1. Sowohl die lex patriæ als auch die lex fori lässt die Scheidung bezw. die Trennung zu. Dieser Fall gibt zu Bemerkungen keinen Anlass.

2. Nur die lex patriæ lässt die Scheidung, die lex fori nur die Trennung von Tisch und Bett zu. Hier sind wieder zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

a) Die lex fori verzichtet auf ihre prohibitive Eingriffsbefugnis gemäss Art. 3 und lässt die Scheidung von Ausländern auf Grund ihrer lex patriæ durchführen. Dies war, wie mehrfach erwähnt, der Fall der italienischen Praxis (vgl. oben § 32).

b) Fraglich könnte sein, ob Ausländer statt der nach lex patriæ zulässigen, aber nach lex fori versagten Ehescheidung nicht wenigstens die nach lex fori mögliche Trennung von Tisch und Bett erhalten können. Die Frage ist an Hand der Materialien bestimmt zu verneinen. Der Kommissionsentwurf von 1894 enthielt in Art. 7 folgende Bestimmung (Actes 1894, S. 88):

> La séparation de corps peut être demandée:
>
> 1. si la loi nationale des époux et la loi du lieu où l'action est intentée l'admettent également;
>
> 2. *si la loi nationale n'admet que le divorce et si la loi du lieu où l'action est intentée n'admet que la séparation de corps.*

Der Rapport (Actes 1894, S. 86) bemerkt hierzu: Il peut être nécessaire de mettre un terme à la vie commune devenue intolérable et la séparation de corps est alors le seul moyen possible. La patrie des époux reconnaîtra-t-elle cette séparation et lui fera-t-elle produire quelques effets? C'est douteux en l'absence de tout accord. Mais on peut faire remarquer d'abord qu'il semble plus facile à un Etat qui n'admet pas la séparation de corps de reconnaître celle-ci qu'à un Etat qui repousse le divorce de l'admettre dans un cas particulier. En outre, si les époux tiennent au divorce, ils pourront saisir leurs tribunaux nationaux. Cela d'ailleurs ne leur sera pas toujours possible en droit ou en fait. Pourquoi alors ne pas leur permettre

de recourir au remède qui est à leur portée, quoique ce remède soit moins énergique que celui qui leur est offert par leur loi nationale?

Auf der dritten Konferenz fiel jedoch die Bestimmung des Art. 7 Ziffer 2, und es wurde die jetzige Fassung adoptiert, wonach auch die Trennung nur ausgesprochen werden darf, wenn sie sowohl nach lex patriæ als auch nach lex fori besteht. Der Rapport der Kommission bemerkt zu dieser Änderung (Actes 1900, S. 207): Cette solution n'a pas résisté à un nouvel examen et on a facilement admis à une grande majorité, sur la proposition du Gouvernement néerlandais — vgl. Documents 1900, S. 102 — qu'elle devait être écartée. Elle est d'abord contraire à l'idée fondamentale que la loi nationale est naturellement compétente en cette matière; elle a pour résultat d'établir entre les époux une solution qui ne connaît pas leur loi nationale et qui ne sera pas reconnu par elle, car c'est une erreur, résultant d'une vue superficielle, de croire que le législateur qui admet le divorce doit admettre la séparation de corps, parce que le plus comprend le moins. Dans un pays où existent à la fois le divorce et la séparation de corps, cela est vrai en général. Il en est différent pour un pays où n'existe que le divorce; la séparation de corps n'y est pas considérée comme étant *moins* que le divorce, mais comme étant *autre chose*. Dans ce pays, le législateur, à tort ou à raison, a pensé qu'il n'y avait qu'un moyen de faire cesser la vie commune. Il écarte tout autre moyen, soit sur son territoire pour tout le monde, soit à l'étranger pour ses nationaux, en ce sens qu'il ne tiendra pas compte d'une séparation de corps prononcée entre ceux-ci conformément à la lex fori. Dès lors, pourquoi permettre aux tribunaux de domicile de la prononcer? En pareil cas, les époux qui veulent cesser la vie commune, *n'ont qu'à s'adresser à leur juridiction nationale.* Il ne faut pas se dissimuler qu'en fait ce ne leur sera pas toujours aussi aisé pour divers motifs: les procès relatifs à des incidents qui se sont passés peut-être fort loin du lieu où siège le tribunal, sont longs et coûteux, outre que les conditions d'une bonne administration de la justice sont difficilement remplies. De plus, les parties trouveront-elles toujours une juridiction compétente dans leur patrie qu'elles auront quittée depuis longtemps? On pourrait imiter la prévoyance du législateur allemand qui a déterminé avec précision la juridiction nationale compétente pour les Allemands qui sont à l'étranger (§ 606, Abs. 2 Z.-P.-O.).

Quoi qu'il en soit de ses considérations, les pays qui n'ont que le divorce sont naturellement les meilleurs juges de ce qui convient à leurs nationaux à l'étranger. Du moment où ils expriment la volonté que ceux-ci ne puissent pas se soumettre à la séparation de corps, il n'y a pas de raison pour que les pays qui ont à la fois le divorce et la séparation de corps n'admettent pas ce point de vue qui est plus logique, plus conforme au principe général de la matière.

3. Nur die lex fori lässt die Scheidung zu, die lex patriae nur die Trennung von Tisch und Bett. Auch hier sind wieder zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

a) Die Scheidung ist nach der Konvention ausgeschlossen, die lex patriae gilt absolut und überstaatlich, die Unzulässigkeit jeder nach der lex patriae verbotenen Scheidung ist zweifellos. Damit ist im Gebiete der Konvention eine Praxis, wie sie sich z. B. in den oben (§ 32) zitierten Urteilen des deutschen Reichsgerichts zeigt, unmöglich gemacht.

b) Fraglich könnte sein, ob nicht wenigstens die nach der lex patriae zulässige Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen werden kann, indem die lex fori, der diese Eheauflösungsform unbekannt ist, gemäss Art. 3 auf ihre prohibitive Eingriffsbefugnis verzichtet. Dies hängt von der Auslegung des internen ordre public durch die internen Gerichte ab. Über Deutschland und die Schweiz, welche beide Länder hier hauptsächlich in Betracht kommen, ist folgendes zu sagen.

α) In Deutschland war die Frage streitig. Es handelt sich hier um die Auslegung des Art. 17 Abs. 4, E.-G. zum B. G.-B. Vgl. Frantz, Können deutsche Gerichte bei Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen? Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XI, S. 345 ff., speziell S. 346, wo die einzelnen Autoren für und wider zitiert werden. Was die Judikatur anbetrifft, so hatten verschiedene oberste Gerichte entschieden, dass für Ausländer — speziell Österreicher — die nach deutschem Recht aufgehobene Trennung von Tisch und Bett zulässig sei. Es ist hier namentlich zu verweisen auf die Urteile des Oberlandesgerichtes Jena vom 14./28. November 1900 (Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XI, S. 66 ff.), des Oberlandesgerichts Dresden

vom 2. Februar 1901 (eod. XI, S. 75 ff.) und des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 23. Oktober 1902 (eod. XIII, S. 160 ff.); in der offiziellen Sammlung ist letzteres Urteil nicht abgedruckt. Als im Jahre 1903 der VI. Zivilsenat eine entgegengesetzte Entscheidung fällen wollte, legte er die Rechtsfrage dem Plenum vor, und das Reichsgericht sprach sich dann in seiner Plenarentscheidung vom 12. Oktober 1903 (R.-G. E. LV, S. 345 ff., Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XIII, S. 575 ff.) dahin aus, dass deutsche Gerichte auch dann nicht auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen dürfen, wenn nach deutschem Rechte die Scheidung der Ehe gerechtfertigt, nach dem Rechte des Staates aber, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, nur beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde.

Das Reichsgericht gibt in seinen Erwägungen zu, dass sich die Verfasser des ersten Entwurfes des B. G.-B. ebenso wie die zweite Kommission für die Zulässigkeit einer Trennung von Tisch und Bett erklärt haben, und dass dies auch im Entwurf zweiter Lesung zum Ausdruck gelangt sei. Hingegen habe der bundesrätliche Entwurf zum E.-G. Art. 17 hierin eine bewusste Änderung gebracht, und auch aus den Materialien der Novelle zur Z.-P.-O. ergebe sich, dass die Trennung von Tisch und Bett auch für Ausländer ausgeschlossen werden wollte. Diesen aus der Auslegung und der Entstehungsgeschichte des Art. 17 E.-G. und der Novelle zur Z.-P.-O. gewonnenen Ergebnissen gegenüber könne inneren Gründen, die für die Zulässigkeit einer Trennung von Tisch und Bett bei Ehen von Ausländern etwa sprechen würden, ausschlaggebende Bedeutung nicht beigelegt werden. Das Hauptabhülfsmittel für sich ergebende Härten und Unbilligkeiten liege in der Statuierung eines heimatlichen Forums für Ehesachen, wie es z. B. der deutsche Gesetzgeber durch § 606 Z.-P.-O., der österreichische durch § 100 der Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895 seinen Staatsangehörigen eröffnet habe, und wie es auch für die im Ausland lebenden Franzosen, Schweizer, Italiener usw. bestehe.

Mit der reichsgerichtlichen Plenarentscheidung ist die Kontroverse für die deutsche Judikatur vorläufig erledigt.

β) In der Schweiz hat sich das Bundesgericht gleichfalls gegen die Zulässigkeit der Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen. In dem Urteil vom 18. Oktober 1878 (A. S. IV, S. 669/70) heisst es:

> En n'admettant dorénavant que l'action en divorce et celle en nullité le législateur suisse est parti de la conviction qu'une séparation de corps illimitée ayant pour effet de perpétuer en droit une association devenue impossible et un lien conjugal détruit en fait est incompatible avec les principes d'ordre et de moralité à la base de l'Etat. La séparation de deux ans prévue à l'art. 47 de la loi n'est qu'un état transitoire et provisoire destiné à conduire nécessairement soit à la restauration soit à la dissolution complète du lien conjugal et n'a dès lors rien de commun avec la séparation illimitée. Il s'ensuit que dans aucune circonstance le juge suisse ne peut être admis à se nantir d'une demande tendant à lui faire introniser, même entre époux français, un régime que le législateur fédéral a définitivement repoussé.

Diese Praxis wird gebilligt von Meili, Handbuch I, S. 309; Martin, Du mariage et du divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger, Journal XXIV, S. 754.

4. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass dem innerstaatlichen ordre public ein grosser Spielraum gelassen ist. Eine überstaatliche Beschränkung desselben liegt nur in dem unter Nr. 3 lit. a erwähnten Fall vor: die lex fori darf nicht aus Rücksicht auf ihren angeblichen ordre public eine nach nationalem Recht unzulässige Scheidung vornehmen. Eine Ausdehnung der überstaatlichen Beschränkung des ordre public der lex fori würde sich sodann speziell auch bezüglich des unter Ziffer 3 lit. b erwähnten Falles empfehlen: die lex fori dürfte die von ihr an für und sich verpönte Trennung von Tisch und Bett bei Ehen von Ausländern, deren nationales Recht nur diese Form der Eheauflösung kennt, nicht ablehnen. Es erscheint besonders anstössig, dass eine Ehe fortbestehen soll, die nach natio-

nalem Recht mindestens von Tisch und Bett getrennt, nach lex fori sogar geschieden werden könnte.

§ 37. Die Kumulation der lex patriæ und der lex fori bezüglich der Scheidungs- und Trennungsgründe.

Auf Scheidung oder Trennung kann nur dann geklagt werden, wenn hierfür in dem zu beurteilenden Falle sowohl nach der lex patriae als auch nach der lex fori Gründe, seien es auch verschiedene, vorhanden sind.

1. Bezüglich der Scheidungs- und Trennungsgründe bestimmte der der ersten Konferenz im Haag vorgelegte Entwurf in Artikel 6 (Actes 1894, S. 87):

> Le divorce ne peut être demandé que pour les causes admises à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où l'action est intentée.

Die Meinung ging dahin, dass die Scheidung oder Trennung nur dann zulässig sein sollte, wenn sowohl nach lex patriae als auch nach lex fori identische, also übereinstimmende Scheidungs- oder Trennungsgründe vorliegen, die nach jedem der beiden Rechte im konkreten Fall zum Ausspruch der Scheidung oder Trennung berechtigen. Die auf der dritten Haager Konferenz 1900 vereinbarte definitive Redaktion fügte dann die Worte „encore que ce soit pour des causes différentes“ bei; es sollte hierdurch eine Konzession an die durch das Institut empfohlene Lösung (vgl. oben § 32) gemacht und eine gewisse Versöhnung der beiden sich entgegenstehenden Prinzipien der lex patriae und der lex domicilii erzielt werden (Actes 1900, S. 193). Darnach ist zum Ausspruch der Scheidung nicht mehr erforderlich, dass im konkreten Fall sowohl nach der lex patriae als auch nach der lex fori ein *identischer* Scheidungs- oder Trennungsgrund vorhanden oder dass auch nur ein identischer Tatbestand massgebend sei, es genügt vielmehr, dass *ein* Grund vorliege nach der lex patriae und ein *anderer* nach der lex fori.

Der einzelne Grund wird dann internationalrechtlich als ein halber Grund (demi-cause) angesehen, und zwei halbe Gründe machen einen ganzen Grund. Man nehme z. B. an, ein schweizerischer Ehegatte erhebt vor einem französischen Gericht Scheidungsklage wegen eines Ehebruches, von dem er seit mehr als sechs Monaten Kenntnis

erhalten hat; der andere Ehegatte ist mit der Scheidung einverstanden. Nach schweizerischem Recht kann hier infolge eingetretener Verjährung (Art. 46 lit. a Z. E.-G.) der Ehebruch nicht mehr als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wohl aber kann das Begehren auf Art. 45 Z. E.-G. gestützt werden. Das französische Recht hingegen kennt einen dem Art. 45 analogen Scheidungsgrund nicht, wohl aber kann hiernach der Ehebruch noch geltend gemacht werden, da für diesen eine Verjährung nicht besteht (vgl. die in § 38 III lit. f. folgende Erörterung). Es besteht also nach jedem der beiden in Betracht kommenden Rechte ein anderer Scheidungsgrund, trotzdem kann die Ehe gemäss Art. 2 geschieden werden.

2. Das urteilende Gericht hat, wenn auch nicht im Urteils-Dispositiv, so doch wenigstens in den Erwägungen, ausdrücklich darauf Bezug zu nehmen, dass die Scheidung im gegebenen Falle sowohl nach der lex fori als auch nach der lex patriae begründet sei. Wenn also z. B. ein deutsches Gericht eine Ehe von Schweizern auf Grund des § 1568 B. G.-B. scheidet, so genügt es nicht, dass *an sich* der dort genannte Grund, nämlich die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, effektiv auch im schweizerischen Recht (Art. 47 Z. E.-G.) besteht. Es muss vielmehr die Begründetheit der Scheidung nach der lex patriae, dem schweizerischen Recht, auch *ausdrücklich* konstatiert sein. Vgl. Urteil des Bernischen Appellations- und Kassationshofes vom 4. April 1908, Schweiz. J.-Z. 1908 (IV), S. 344 und Z. des bern. Juristenvereins und Monatsblätter für bernische Rechtsprechung XLV (1909), S. 216/7.

Anmerkung.

In einem Enstcheid vom 6. November 1908 vertrat eine Minderheit der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts noch den unrichtigen Standpunkt, dass die Konvention die *Übereinstimmung* der beiden Rechte, der lex patriae und der lex fori erfordere. Vgl. Z. R. VIII, Nr. 129 i. f.

§ 38. Rechtsvergleichende Übersicht der Ehescheidungs- und Trennungsgründe in den einzelnen Konventionsstaaten.

Leske u. Löwenfeld, Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien (Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, IV. Band), (Berlin 1904).

Lehr, Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés (Paris 1899).

Roguin, Traité de droit civil comparé: Le mariage (Paris 1904).

Laurent-Bailly, Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger et des étrangers en France (Causes — procédure — effets), Paris 1910.

I. *Die Konvention verpflichtet den internen Richter, ausländisches Ehescheidungsrecht anzuwenden. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit einer genauen Kenntnis desselben.*

Die vergleichende Rechtswissenschaft gelangt deswegen hier zu hoher Bedeutung.

Der schweizerische Bundesrat hat an die anderen Vertragsstaaten auch bezüglich der hier einschlägigen Punkte Anfragen gerichtet und die von den Regierungen der Vertragsstaaten erhaltenen Mitteilungen, in einzelnen Punkten ergänzt und mit Nachweisen versehen, in tabellarischer Form zusammengestellt. Vgl. die bereits zitierten Kreisschreiben des Bundesrats vom 5. März 1907, 1. Juli 1907 und 14. August 1908, B.-B. 1907 I, S. 908; IV, S. 586; 1908 IV, S. 628.

II. *Im einzelnen mögen hier einige Angaben gemacht werden.*

Betreffend *Belgien*. Hier gilt der französische Code civil in seiner ursprünglichen Fassung. *Scheidungsgründe* sind hiernach:

1. Ehebruch der Frau schlechthin (C. c. 229).

2. Qualifizierter Ehebruch des Mannes, sofern der Mann seine Konkubine im gemeinschaftlichen Hause gehalten hat (lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune, C. c. 230).

3. Nachstellung nach dem Leben (excès), Gewalttätigkeiten, Roheiten oder grobe Misshandlung (sévices), oder schwere Kränkungen (injures graves) (C. c. 231).

4. Verurteilung zu einer entehrenden Strafe (C. c. 232).

5. Wechselseitige und beharrlich erklärte Übereinstimmung der Eheleute, sofern der Mann über 25 Jahre und die Frau über 21 Jahre alt ist, die Ehe mehr als zwei und weniger als zwanzig Jahre gedauert hat, und die Frau noch nicht 45 Jahre alt ist (C. c. 233, 275 bis 294).

6. Nach dreijähriger richterlicher Trennung (es sei denn, dass die Trennung wegen Ehebruchs der Frau ausgesprochen wurde) kann der im Trennungsprozess Beklagte die Scheidung verlangen, sofern nicht der frühere Kläger in die sofortige Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft willigt (C. c. 310).

Die *Trennungs*gründe sind die gleichen wie die Scheidungsgründe aus Art. 229, 230, 231, 232 C. c. (C. c. 306, 307), jedoch kann Trennung

von Tisch und Bett an Stelle von Scheidung nur der aus einem bestimmten Grunde klagende Gatte verlangen; auf Grund wechselseitiger Übereinstimmung kann die Trennung nicht verlangt werden. (C. c. 306, 307.)

Betreffend das *Deutsche Reich*. Hier gilt das B. G.-B. § 1564 ff. Scheidungsgründe sind hiernach:

1. Ehebruch, Doppelehe, oder widernatürliche Unzucht, sofern nicht der andere Ehegatte dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht (§ 1565).

2. Nachstellung nach dem Leben (§ 1566).

3. Bösliche Verlassung (§ 1567).

4. Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten (als solche gilt auch grobe Misshandlung), oder ehrloses oder unsittliches Verhalten, sofern dadurch eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeigeführt wurde, dass dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann (§ 1568).

Das Recht auf Scheidung aus den §§ 1565—1568 erlischt durch Verzeihung (§ 1570).

Die Scheidungsklage aus den §§ 1565—1568 muss binnen sechs Monaten vom Zeitpunkt an, in dem der Ehegatte Kenntnis von dem Scheidungsgrund erhielt, erhoben werden. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Eintritt des Scheidungsgrundes mehr als zehn Jahre verstrichen sind (§ 1571, Abs. 1, vgl. §§ 1571, Abs. 2—4 und 1572).

5. Geisteskrankheit, sofern sie während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist (§ 1569).

6. Richterliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, sofern nicht nach Erlassung des Urteils die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt worden ist (§ 1576).

Betreffend *Frankreich*. Der Code civil in seiner ursprünglichen Fassung ist hier durch einige Abänderungsgesetze modifiziert worden, speziell das Gesetz vom 27. Juli 1884, wodurch die — unter der Reaktion abgeschaffte — Ehescheidung wieder eingeführt wurde, das hierauf bezügliche Gesetz vom 18. April 1886 und weitere

Gesetze vom 6. Februar 1893 und 20. Juni 1896. Scheidungsgründe sind hiernach:

1. Ehebruch (C. c. 229, 230, Gesetz vom 27. Juli 1884, Art 1).

2. Nachstellung nach dem Leben des andern Ehegatten (excès), Gewalttätigkeiten, Roheiten, grobe Misshandlung (sévices), oder schwere Kränkung (injures graves) (C. c. 231).

3. Verurteilung zu einer Leibes- und entehrenden Strafe (C. c. Art. 232, Gesetz vom 27. Juli 1884).

Der Scheidungsklage aus C. c. 229—232 kann die Einrede der nach den in der Klage angeführten Tatsachen erfolgten Versöhnung entgegengehalten werden (C. c. 244, Gesetz vom 18. April 1886).

4. Nach dreijähriger gerichtlicher Trennung von Tisch und Bett kann auf Verlangen eines der Ehegatten das Trennungsurteil in ein Scheidungsurteil umgewandelt werden (C. c. 310, Gesetze vom 24. Juli 1884 und 18. April 1886).

Das Scheidungsurteil muss in das Zivilstandsregister des Ortes, wo die Ehe geschlossen wurde, eingetragen werden; wenn die Ehe im Ausland geschlossen wurde, muss es ins Zivilstandsregister des letzten Wohnorts des Ehegatten eingetragen werden. Die Eintragung muss in allen Fällen binnen zwei Monaten erfolgen, bei Nichtigkeit der Scheidung (C. c. 251, 252, Gesetz vom 18. April 1886).

Die *Trennungs*gründe sind die gleichen wie die Scheidungsgründe aus C. c. 229—232 (C. c. Art. 306).

Betreffend *Luxemburg*. Hier gelten, wie in Belgien, die Bestimmungen des französischen Code civil in seiner ursprünglichen Fassung. Es kann hier auf die Ausführungen über Belgien verwiesen werden.

Betreffend *Italien*. Hier gilt der Codice civile per il Regno d'Italia vom 25. Juni 1865. Eine französische Übersetzung des Gesetzbuches stammt von M. Prudhomme (in der „Collection des Codes étrangers"), Paris 1896, Pédone-Lauriel, eine deutsche Übersetzung von L. Roncali, Wien 1885, Hölder. Trennungsgründe — Scheidung besteht nicht — sind hiernach:

1. Ehebruch der Frau schlechthin; beim Manne nur, wenn er die Konkubine im Hause oder offenkundig an einem andern Orte hält, oder wenn der Ehebruch unter solchen Umständen begangen

worden ist, dass er eine schwere Beleidigung gegenüber der Ehefrau bildet (C. c. 150).

2. Bösliche Verlassung (volontario abbandono, C. c. 150).

3. Nachstellung nach dem Leben (eccessi), grobe Misshandlung (sevizie), Drohungen (minaccie), oder schwere Beleidigung (ingiurie gravi) (C. c. 150).

4. Verurteilung zu einer kriminellen Strafe, ausgenommen wenn die Verurteilung vor der Eheschliessung liegt und dem andern Ehegatten bekannt war (C. c. 151).

5. Die Frau kann die Trennung verlangen, wenn der Mann ohne jeden ausreichenden Grund (giusto motivo) keinen festen Wohnsitz nimmt oder sich weigert, eine seinem Stande angemessene Wohnung einzurichten, trotzdem er die Mittel dazu besitzt.

Die Versöhnung hebt das Recht, die Trennung zu verlangen, auf.

6. Eine Trennung auf Grund gegenseitigen Einverständnisses der Ehegatten ist nur mit gerichtlicher Genehmigung statthaft.

Betreffend die *Niederlande*. Hier gilt das niederländische bürgerliche Gesetzbuch (Burgerlijk Wetboek) vom 10. April 1838. Eine französische Übersetzung findet sich in dem Buche von G. Tripels, Les Codes néerlandais, Maastricht 1886. Hiernach bestehen folgende Gründe für die Ehescheidung (echtscheiding) bezw. die Trennung von Tisch und Bett (scheiding van tafel en bed):

1. Ehebruch.

2. Böswillige Verlassung während mindestens fünf Jahren.

3. Verurteilung während der Ehe zu einer Freiheitsstrafe von vier oder mehr Jahren.

4. Schwere Misshandlung oder Gewalttätigkeiten, die das Leben des andern Ehegatten in Gefahr bringen oder zu schweren Verletzungen geführt haben (Burgerlijk Wetboek, 264, 266). Das Recht auf Scheidung erlischt u. a. durch Verzeihung (B. W. 271 bis 275).

5. Nach fünfjähriger Trennung von Tisch und Bett kann jeder der Ehegatten die Scheidung beantragen (B. W., 255).

Die *Trennungs*gründe sind die gleichen wie die Scheidungsgründe, ausserdem kommen noch hinzu:

a) Ausschreitungen, Misshandlungen und grobe Beleidigungen des einen Ehegatten gegen den andern (288);

b) Antrag beider Ehegatten ohne Angabe eines bestimmten Grundes unter der Voraussetzung, dass die Ehegatten mindestens zwei Jahre verheiratet sind und in einer öffentlichen (d. h. notariellen) Urkunde die Bedingungen dieser Scheidung, hinsichtlich ihrer selbst und ihrer Kinder geregelt haben (291, 292).

Betreffend *Portugal.* Hier gilt das portugiesische bürgerliche Gesetzbuch (Codigo Civil Portuguez) vom 1. Juli 1867; französische Übersetzung von Lepelletier in der „Collection des Codes étrangers", Paris 1894, Pédone-Lauriel. Bis vor kurzem bestand nur die Trennung von Tisch und Bett, jedoch ist durch Gesetz vom 3. November 1910 die Ehescheidung dem Bande nach eingeführt worden. (B.-B. 1911 I, S. 432) Trennungs- und Scheidungsgründe sind hiernach:

1. Ehebruch der Frau;

2. Ehebruch des Mannes, wenn er öffentliches Ärgernis erregt, oder wenn der Mann seine Ehefrau zugleich gänzlich verlässt, oder wenn er seine Konkubine am ehelichen Domizil hält;

3. Verurteilung eines der Ehegatten zu lebenslänglicher Strafe;

4. Schwere Körperverletzung oder Beleidigung (Art. 1204 des Bürgerlichen Gesetzbuches für Portugal).

Betreffend *Rumänien.* Hier gilt das Rumänische bürgerliche Gesetzbuch (Codul civil von 1865). Scheidungsgründe — die Trennung von Tisch und Bett besteht nicht — sind hiernach:

1. Ehebruch, in gleicher Weise bei Mann und Frau, im Gegensatz zum Code civil in der ursprünglichen Fassung, der im übrigen dem Rumänischen Gesetzgeber als Muster gedient hat (Art. 211).

2. Gewalttätigkeiten, Roheiten, grobe Misshandlung oder schwere Beleidigungen (Art. 212).

3. Nachstellung nach dem Leben oder heimliche Kenntnis einer solchen und Unterlassung der Benachrichtigung des Bedrohten (Art. 215).

4. Verurteilung zu Zwangsarbeit oder Zuchthaus (Art. 213).

5. Wechselseitige und beharrlich erklärte Übereinstimmung der beiden Ehegatten unter genau den gleichen Voraussetzungen wie nach dem ursprünglichen Code civil (vgl. oben bei Belgien Nr. 5).

Betreffend *Schweden*. Hier gilt das Gesetzbuch des schwedischen Reiches von 1734, im Eherecht ergänzt und modifiziert durch die Ehescheidungsverordnung vom 27. April 1810. Vgl. de la Grasserie, Les Codes suédois de 1734 (civil, pénal, commercial) Scheidungsgründe — die Trennung besteht nur als provisorische Massregel — sind:

1. Ehebruch, sofern der unschuldige Teil die Klage innert sechs Monaten, nachdem ihm der Ehebruch zur Kenntnis gekommen, anbringt, und sofern die Eheleute sich nicht nach erlangter Kenntnis ausgesöhnt oder einander beigewohnt haben (Gesetz von 1734, Tit. Eherecht, Kap. 13, S. 1; Beschluss des Königs vom 8. Dezember 1798).

2. Böswillige Verlassung, sofern der schuldige Teil ohne gültigen Grund ins Ausland gezogen und sein Aufenthaltsort nicht bekannt ist, und sofern er nach geschehener Ladung nicht innert der angesetzten Frist zurückkehrt; nachrichtloser Aufenthalt des Mannes im Ausland, sofern nicht der Mann auf erhaltene Aufforderung hin für seine Abwesenheit triftige Entschuldigungen anführt oder innert bestimmter Frist zurückkehrt, und sofern die Frau einen untadelhaften Lebenswandel führt (Gesetz von 1734, l. c., Kap. 13, §§ 4;6).

3. Verurteilung zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe, sofern nicht der Kläger an dem die Verurteilung herbeiführenden Verbrechen mit beteiligt war, und sofern nicht die Ehegatten, nachdem der Schuldige die Strafe verbüsst hat, gemeinschaftlich miteinander gelebt haben; Verurteilung wegen Nachstellung nach dem Leben des andern Ehegatten; unheilbare Geisteskrankheit seit mindestens drei Jahren, sofern dieselbe nicht durch das Verhalten des Klägers hervorgerufen oder beschleunigt wurde (Kgl. Verordnung vom 27. April 1810).

Ausser diesen Scheidungsgründen, die für das *Gericht* massgebend sind, kann der *König* gemäss der Ehescheidungsverordnung von 1810 eine Ehe beispielsweise aus folgenden Gründen trennen:

1. wenn der eine Ehegatte durch rechtskräftiges Urteil zum Verluste des Lebens oder der Ehre verurteilt worden ist, mag auch die Todesstrafe durch Gnadenakt erlassen oder die Ehre wieder hergestellt worden sein.

2. wenn er wegen eines groben oder entehrenden Verbrechens oder zu Festungsstrafe von bestimmter Dauer verurteilt worden ist.

3. wenn Verschwendung, Trunksucht oder gewalttätige Gemütsart nachgewiesen wird.

4. wenn ein solcher Gegensatz in Gesinnung und Denkungsart der beiden Ehegatten besteht, der unter beständigen Ausbrüchen in Abscheu und Hass übergeht, vorausgesetzt, dass trotz einjähriger Trennung von Tisch und Bett eine Versöhnung nicht erfolgt ist.

Im Gegensatz zu den für die Gerichte massgebenden Scheidungsgründen sind die hier aufgezählten für den König nicht limitativ, er kann vielmehr auch aus anderen Umständen die Scheidung bewilligen. Vgl. Winroth (Upsala) bei Leske u. Löwenfeld, S. 476; Olivecrona, Journal 1883, S. 357 ff.

Betreffend die *Schweiz.* Hier gilt das Bundesgesetz betreffend Zivilstand und Ehe (Z. E.-G.) vom 24. Dezember 1874. Hiernach bestehen bis Ende 1911 folgende Scheidungsgründe:

1. Einverständnis der Ehegatten, sofern ein ferneres Zusammenleben mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist (Art. 45).

2. Ehebruch, sofern nicht mehr als sechs Monate verflossen sind, seitdem der beleidigte Teil davon Kenntnis erhielt (Art. 46 a).

3. Lebensnachstellung, schwere Misshandlung und tiefe Ehrenkränkung (attentat à la vie, sévices, injures graves (Art. 46 b).

4. Verurteilung zu entehrender Strafe (Art. 46 c).

5. Zweijährige böswillige Verlassung, verbunden mit Nichtbefolgung eines richterlichen Befehls zur Rückkehr (Art. 46 d).

6. Dreijährige, unheilbare Geisteskrankheit (Art. 46 e).

7. Tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses (Art. 47).

III. *Ein Überblick über das in den Konventionsstaaten geltende Recht zeigt zwar im Detail eine grosse Mannigfaltigkeit; immerhin lassen sich einige leitende Hauptgesichtspunkte unterscheiden.*

a) In allen Staaten spielen die *bestimmten* Ehescheidungsgründe die Hauptrolle, die meisten kennen *nur* solche, einige, z. B. § 1568 D. B. G.-B., Art. 47 Z. E.-G. kennen eine *allgemeine* Formel, deren Anwendung und Würdigung in der Hauptsache vom richterlichen Ermessen abhängt und die es unter Umständen ermöglicht, gewisse vom Gesetz nicht ausdrück-

lich genannte *bestimmte* Scheidungsgründe auf dem Wege der Gesetzesinterpretation zuzulassen.

b) Das Ehescheidungsrecht der Konventionsstaaten ruht fast durchgängig auf dem *Verschuldungsprinzip*, d. h. die Ehescheidung kann nur von dem unschuldigen Teil und nur auf Grund von Tatsachen verlangt werden, die von dem anderen verschuldet sind. Eine Ausnahme bilden nur die wenigen Rechte, welche, wie Deutschland, die Schweiz und Schweden, wegen Geisteskrankheit oder, wie Belgien und Rumänien, auf Grund gegenseitiger Übereinstimmung der Ehegatten die Scheidung aussprechen.

c) Von einem anderen Gesichtspunkt aus zerfallen die Ehescheidungsrechte in solche, welche als Grund der Scheidung nur *objektive* Tatbestände zulassen und solche, welche sich mit der *subjektiven* gegenseitigen Übereinstimmung der Ehegatten begnügen. Zur letzteren Gruppe gehören allein Belgien und Rumänien. Die Schweiz (Art. 45 Z. E.-G.) gehört nicht hierher, denn das Gesetz verlangt *ausser* dem Einverständnis der Ehegatten noch die objektive Tatsache, dass ein ferneres Zusammenleben mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.

Übrigens ist der Scheidungsgrund der gegenseitigen Übereinstimmung (consentement mutuel) nur scheinbar ein leichter; in Wirklichkeit ist er an so viele und unbequeme Formalitäten geknüpft, dass er schwerer zu realisieren ist als mancher Scheidungsgrund rein objektiver Art. So ist, z. B. in Belgien — und ebenso in Rumänien — ausser den oben sub I erwähnten Voraussetzungen bezüglich Alter der Ehegatten und Dauer der Ehe noch erforderlich die Einwilligung der Eltern oder derjenigen Aszendenten, deren Zustimmung zur Eheschliessung notwendig ist (Art. 278 C. c.). Das Scheidungsurteil darf ferner nicht vor Ablauf eines Jahres erlassen werden und nur auf Grund der von den Ehegatten viermal, von Vierteljahr zu Vierteljahr abzugebenden Erklärung, dass sie auf ihrem Entschlusse beharren und auf Grund des jedesmal mittels öffentlicher Urkunde zu erbringenden Beweises, dass auch die Eltern oder sonstigen Aszendenten ihre Einwilligung in die Scheidung aufrecht halten (Art. 282—285 C. c.).

Hieraus folgt, dass der Richter bei ausländischen Eheleuten den nach ihrem Heimatrecht bestehenden Scheidungsgrund der gegenseitigen Übereinstimmung nicht etwa extensiv, sondern möglichst restriktiv auslegen soll, und dass er speziell, im Interesse der Anerkennung des von ihm zu erlassenden Urteils durch den Heimatstaat, auch alle die erwähnten Formvorschriften zu beobachten hat; denn diese sind nicht reine Formen, sondern materielle Garantien gegen leichtfertige und übereilte Ehescheidungen. Vgl. hiezu Paul Feick, Gegenseitige Einwilligung als Scheidungsgrund. Ein Beitrag zur Kritik des Verschuldungsprinzips im bürgerlichen Recht. Berlin 1911.

d) Es ist darauf hinzuweisen, dass — auch abgesehen von den allgemeinen Formeln von Art. 47 Z. E.-G. oder § 1568 B. G.-B. — die Judikatur auf dem Wege der Interpretation ausgleichend auf das mannigfache Detail der Ehescheidungsgründe wirkt. Besonders bemerkenswert ist in dieser Hinsicht die Auslegung, welche die französische Praxis dem Begriff der *injures graves* gegeben hat. So wurde z. B. vor 1884, als auf Seiten des Ehemannes nur der qualifizierte Ehebruch ein Spezialscheidungsgrund war, doch häufig auch der einfache Ehebruch als eine die Scheidung ermöglichende injure grave betrachtet (Roguin a. a. O. S. 297). Während Spezialscheidungsgrund nach Art. 232 des Gesetzes von 1884 (vgl. oben sub I) nur die kriminelle Verurteilung zu einer entehrenden Strafe (peine afflictive et infamante) ist, sprechen die Gerichte häufig auch wegen einer korrektionellen Verurteilung die Scheidung aus, wenn sie finden, jene lasse sich als injure grave qualifizieren (Roguin S. 303). Endlich hat die französische Praxis den im Gesetz ausdrücklich nicht erwähnten Begriff der böslichen Verlassung (abandon malicieux) faktisch dadurch eingeführt, dass sie ihn unter den Oberbegriff der injure grave subsumierte und daraus dann per analogiam ableitete (Roguin S. 304). Vgl. unten Anmerkung 5.

Es ist hier daran zu erinnern (vgl. § 39), dass nach Art. 3 die alleinige Anwendung der lex patriæ zulässig ist, wenn es die lex fori vorschreibt oder gestattet. Auch durch diese Bestimmung ist die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen

Ehescheidungsrechten solcher Konventionsstaaten, die nur in Einzelheiten variieren, aber in den Grundlagen übereinstimmen, erleichtert.

e) Auch wenn die Scheidungsgründe den gleichen Namen tragen, sind sie doch im Detail in den einzelnen Staaten verschieden ausgestaltet. Es sei hier an den Begriff des Ehebruchs erinnert, der im Anschluss an Art. 229 und 230 des C. c. in seiner ursprünglichen Fassung für Mann und Frau andere Begriffsmerkmale hat; oder an den Begriff der böslichen Verlassung, für welche nach dem einen Recht (z. B. in der Schweiz) eine bestimmte Zeitdauer erforderlich ist, nach dem anderen (z. B. Schweden, vgl. Laurent-Bailly, S. 474) nicht.

f) Die Scheidungs- bezw. Trennungsgründe müssen nach dem für sie massgebenden Rechte nicht nur in abstracto bestehen, sondern in concreto wirksam sein. Es genügt also nicht, dass z. B. ein bestimmter Tatbestand an sich nach der lex patriæ den Tatbestand des Ehebruchs begründet, es darf auch nichts vorliegen, was im konkreten Fall nach der lex patriæ seine *Wirkung* aufhebt, z. B. Verjährung, Verzeihung oder Verwirkung. So ist z. B. darauf hinzuweisen, dass es nach französischem Recht für den Ehebruch eine Verjährung bezw. eine Frist zu seiner Geltendmachung, wie sie im schweizerischen Recht (Art. 46, lit. a Z. E.-G.) besteht, nicht gibt. Vgl. Rivière und Weiss, Pandectes françaises, vol. 24 s. v., Divorce No. 1956 ff. und 2045 ff., Z. R. V, No. 185, i. f. Bezüglich der Veriwrkung ist z. B. zu verweisen auf § 616 D. Z.-P.-O. Derselbe bestimmt:

> Der Kläger, welcher mit der Scheidungsklage oder der Anfechtungsklage abgewiesen ist, kann das Recht, die Scheidung zu verlangen, oder die Ehe anzufechten, nicht mehr auf Tatsachen gründen, welche er in dem früheren Rechtsstreit geltend gemacht hat oder welche er in dem früheren Rechtsstreit oder durch Verbindung der Klagen geltend machen konnte. Das Gleiche gilt im Falle der Abweisung der Scheidungsklage oder der Anfechtungsklage für den Beklagten in Ansehung der Tatsachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen imstande war.

Trotzdem diese Bestimmung im Prozessgesetz steht, hat sie doch materiell-rechtlichen Charakter; es handelt sich hier um eine Disqualifizierung an sich scheidungs- bezw. trennungsbegründender Tatsachen.

g) Die Gründe für die Trennung sind in der Regel die gleichen wie diejenigen für die Scheidung. Immerhin ist hier auf eine Ausnahme des niederländischen Rechtes zu verweisen. Das niederländische Gesetz, das bezüglich der Scheidung auf einem sehr rigorosen Standpunkt steht, lässt die Trennung, ausser aus den Scheidungsgründen, auch auf Grund gegenseitiger Übereinstimmung zu. Indem dann aber nach fünfjähriger Dauer der Trennung von jedem Ehegatten die Scheidung beantragt werden kann, wird indirekt wenigstens die gegenseitige Übereinstimmung zum Scheidungsgrund erhoben. Es ist dies speziell für die Frage der internationalen Anerkennung der Möglichkeit der Konversion einer Trennung in eine Scheidung von Wichtigkeit (vgl. oben § 32).

IV. *Über die spezielle Stellung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Ehescheidungsgründen des ausländischen Rechtes ist auf die früheren Erörterungen* (§ 15 oben) *zu verweisen.*

Anmerkungen.

1. Die Ehescheidungsgründe nach dem Z.-G.-B. sind folgende:

137. Hat ein Ehegatte einen Ehebruch begangen, so kann der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.

Die Klage verjährt mit Ablauf von sechs Monaten, nachdem der klageberechtigte Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntnis erhalten hat, und in jedem Falle mit Ablauf von fünf Jahren seit dem Ehebruch.

Keine Klage hat der Ehegatte, der dem Ehebruch zugestimmt oder ihn verziehen hat.

138. Hat ein Ehegatte dem Leben des andern nachgestellt, oder ihn schwer misshandelt, oder ihm eine schwere Ehrenkränkung zugefügt, so kann dieser auf Scheidung klagen.

Die Klage verjährt mit Ablauf von sechs Monaten, seitdem der Verletzte den Scheidungsgrund kennt, und in jedem Falle mit Ablauf von fünf Jahren seit dessen Eintritt.

Keine Klage hat der Ehegatte, der dem Schuldigen verziehen hat.

139. Hat ein Ehegatte ein entehrendes Verbrechen begangen, oder führt er einen so unehrenhaften Lebenswandel, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem andern Ehegatten nicht zugemutet werden darf, so kann dieser jederzeit auf Scheidung klagen.

140. Hat ein Ehegatte den andern böswillig verlassen, oder ist er ohne wichtigen Grund nicht zum ehelichen Wohnsitz zurückgekehrt, so kann der andere Ehegatte, so lange dieser Zustand dauert, auf Scheidung klagen, wenn die Abwesenheit wenigstens zwei Jahre gewährt hat.

Auf das Begehren des Klageberechtigten hat der Richter den abwesenden Ehegatten, nötigenfalls öffentlich, aufzufordern, binnen sechs Monaten zurückzukehren.

Die Klage darf erst nach Ablauf dieser weitern Frist angebracht werden.

141. Ist ein Ehegatte in einen solchen Zustand von Geisteskrankheit verfallen, dass dem andern die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf, und wird die Krankheit nach dreijähriger Dauer von Sachverständigen für unheilbar erklärt, so kann der andere Ehegatte jederzeit auf Scheidung klagen.

142. Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf, so kann jeder Ehegatte auf Scheidung klagen.

Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.

Das *neue* Recht bringt gegenüber dem bisherigen Z. E.-G. Art. 45—47 einige *wesentliche* Änderungen. Die Verjährung, die bisher nur beim Ehebruch galt, wird auch bei andern Gründen (Art. 138) eingeführt und ausserdem die Wirkung der in Art. 137 und 138 aufgezählten Tatsachen zeitlich auf die Maximaldauer von fünf Jahren beschränkt. Statt der entehrenden *Strafe* (Art. 46 lit. c Z. E.-G.) wird das entehrende *Verbrechen* als Scheidungsgrund statuiert; vgl. auch B.-G. A. S. II, S. 329 ff., speziell S. 331). Bei der böslichen Verlassung wird die Kontroverse, ob der richterliche Befehl zur Rückkehr eine Voraussetzung der Scheidungsklage oder ein gerichtliches Zwischenerkenntnis im Scheidungsprozesse sei, durch Art. 140 Abs. 3 ausdrücklich im ersteren Sinne entschieden, im Anschluss an die bisherige bundesgerichtliche Praxis (A. S. XIV, S. 543). Die wichtigste Änderung besteht darin, dass das beidseitige Scheidungsbegehren des Art. 45 Z. E.-G. *formell* nicht mehr besteht. Art. 142, Abs. 1 Z.-G.-B. ist nicht das gleiche, es stellt nicht den übereinstimmenden Scheidungswillen beider Ehegatten in den Vordergrund, sondern die objektive Tatsache der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses. Es wird auch nicht vom beidseitigen Scheidungsbegehren gesprochen, sondern *jedem* Ehegatten das Recht auf Scheidung zugesprochen.

2. Allerdings gründen auch die Rechte, welche, wie das belgische Recht, die Scheidung par consentement mutuel zulassen, diese in letzter Linie auf die Präsumtion bezw. Fiktion des Vorhandenseins eines *bestimmten* Scheidungsgrundes. So bestimmt z. B. Art. 233 des belgischen C. c.:

Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause peremptoire de divorce. Vgl. auch Feick a. a. O., S. 15.

3. Die Ehescheidungsgründe in Japan sind angegeben Bl. f. vgl. R. IV, S. 156/7.

4. Art. 245 Abs. 2, C. c. bestimmt für den Ehescheidungsprozess:

> Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.

Es wird also das Zeugnis der Deszendenten ausgeschlossen. Es fragt sich, ob dies eine prozessuale Vorschrift ist, deren Anwendung der lex fori unterliegt, oder eine materiell-rechtliche in dem Sinne, dass sie auch bei Ehescheidungsklagen von Franzosen im Ausland zu beachten ist? Die Konsequenz wäre, dass ein unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift im Ausland erlassenes Scheidungsurteil über Franzosen gemäss Art. 7 der Konvention in Frankreich nicht anerkannt zu werden brauchte, weil es die lex patriae verletzt. Es handelt sich hier jedoch in Wahrheit um eine prozessuale Norm, sie betrifft nicht — wie z. B. § 616 D. Z.-P.-O. — die Qualität der Scheidungsgründe selbst, sondern lediglich die Art und das Verfahren ihrer Feststellung; sie braucht daher im Ausland nicht beachtet zu werden. Selbst wenn man hierin übrigens eine materiell-rechtliche Vorschrift sehen wollte, müsste sie bei Scheidungsklagen von Franzosen im Ausland nur soweit in Anwendung kommen, als es sich um die Scheidungsgründe des französischen Rechts handelt, nicht aber, soweit diejenigen der lex fori in Frage kommen.

5. In einem bisher nicht publizierten Entscheid vom 7. Dezember 1910 führt das Bundesgericht über den französischen Scheidungsgrund der injures graves in Erwägung 5 folgendes aus:

> Der in Art. 231 C. c. enthaltene Ausdruck injures graves ist entsprechend den Bedürfnissen der Praxis (weil der C. c. nur die in den Art. 229—232 vorgesehenen speziellen Scheidungsgründe kennt) in der französischen Judikatur insofern extensiv interpretiert worden, als darunter auch gewisse Tatbestände subsumiert werden, welche nach der Gesetzgebung anderer Staaten entweder einen von der tiefen Ehrenkränkung verschiedenen speziellen, Scheidungsgrund darstellen (vgl. z. B. Baudry-Lacantinerie, Traité de droit civil III, Nr. 44—47) oder aber bei der Prüfung der Frage, ob eine tiefe Zerrüttung der Ehe vorliege, Berücksichtigung finden (eod. Nr. 57).

§ 39. Die ausschliessliche Anwendung des nationalen Rechtes.

I. *Nach Art. 3 der Konvention ist ungeachtet der Bestimmungen der Art. 1 und 2 das Gesetz des nationalen Staates der Ehegatten allein massgebend, wenn die lex fori dies vorschreibt oder gestattet.*

1. Den äusseren Anlass zur Aufnahme dieser Bestimmung bildete die Rücksicht auf die oben (§ 32,II, 2) erwähnte Praxis einzelner italienischer Gerichte, welche Ehen von Ausländern, deren nationales Recht die Scheidung zulässt, im Widerspruch mit der italienischen lex fori schieden (Actes 1894, S. 73/74, 84). Die Tragweite der Bestimmung geht aber über diesen Spezialfall hinaus, denn sie beruht

auf der bereits erwähnten Tatsache, dass die Anwendung der lex fori nicht überstaatlich befohlen, sondern nur zugelassen ist.

2. Die Vorschrift des Art. 3 enthält keine Verweisung. Dies ergibt sich aus einer Vergleichung mit Art. 1, Satz 2 der Eheschliessungskonvention. Dort besteht die Möglichkeit eines Austausches zweier Rechte — immerhin unter dem Vorbehalt des Art. 9 Abs. 2 — in dem Sinne, dass an Stelle des an sich geltenden nationalen Rechtes ein von diesem bezeichnetes anderes Gesetz tritt. Hier jedoch bezeichnet die lex fori nicht ein anderes, an ihrer Stelle geltendes Gesetz, sondern sie verzichtet lediglich auf ihre eigene Kumulation mit dem nationalen Recht, das von Konventions wegen ohnehin anwendbar ist, zugunsten von dessen *ausschliesslicher* Anwendung. Einer andern Vorschrift der lex fori als einem solchen Verzicht ist von der Konvention keine fakultative Wirkung verliehen worden; so wäre es z. B. von Konventions wegen nicht zu beachten, wenn die lex fori die Beobachtung eines dritten Rechtes, z. B. desjenigen des Eheschliessungsortes, vorschreiben würde.

3. Nach Art. 3 ist ein Verzicht der lex fori auf ihren Eingriff zugunsten ausschliesslicher Anwendung des nationalen Rechtes anzunehmen, wenn die lex fori dies *vorschreibt* oder *gestattet*. Auch hier besteht wieder ein Gegensatz zu Art. 1 Satz 2 der Eheschliessungskonvention; dort ist — bezüglich der Verweisung — eine *ausdrückliche* Vorschrift des nationalen Rechtes erforderlich (vgl. oben § 20), und es erscheint dies erklärlich, weil es sich dort um Anwendung *ausländischen* Rechtes durch *interne* Behörden handelt, die naturgemäss einer ganz präzisen Wegleitung über dessen Inhalt bedürfen. Hier dagegen handelt es sich um die Anwendung der lex fori durch das Gericht des Gerichtsortes selbst, d. h. um Anwendung internen Rechtes durch die internen Behörden, die über dessen Inhalt und Tragweite naturgemäss am besten orientiert sind. Hier erübrigte es sich also, das Requisit einer *ausdrücklichen* Vorschrift aufzustellen. Es wird also in der Hauptsache von der Auslegung des internen Rechtes durch die Doktrin und die Gerichte abhängen, ob und wieweit es seinen Vorschriften den Charakter des ordre public beimessen und sie daher prohibitiv anwenden oder ob es auf seine Anwendung neben dem nationalen Recht ganz oder teilweise verzichten will. Hierbei ist wohl zu beachten, dass Art. 3 zwar seiner historischen Ent-

stehung nach von dem Fall (Italien) ausgeht, dass lex patriæ und lex fori bezüglich der *prinzipiellen* Zulassung von Scheidung bezw. Trennung auseinandergehen, dass er sich aber nach seiner endgültigen und ausdrücklichen Redaktion auch auf die Fälle des Art. 2, d. h. auf die Divergenz der Scheidungs- und Trennungs*gründe* bezieht. Es ist sogar anzunehmen, dass sich der interne ordre public in dieser Hinsicht elastischer erweisen wird als bei der Frage der prinzipiellen Zulassung der Scheidung; denn während es sehr selten vorkommen wird, dass ein Staat — wie es Italien tat —, der die Ehescheidung grundsätzlich nicht kennt, dennoch die Ehen von Ausländern in Gemässheit von deren nationalem Recht scheidet, liegt die Annahme viel näher, dass die lex fori auf die prohibitive Wirkung ihrer Ehescheidungs*gründe* verzichtet und eine Ehe von Ausländern scheidet, wenn nur nach deren nationalem Recht genügende Gründe vorhanden sind.

4. In der Schweiz besteht allerdings nicht die Tendenz, von der Möglichkeit des Art. 3 Gebrauch zu machen und die lex fori zugunsten ausschliesslicher Anwendung des nationalen Rechts in den Hintergrund zu stellen. So sagt das zürcherische Obergericht in einem Entscheid vom 11. April 1906 (Z. R. V, No. 185):

> Eine Ausnahme zugunsten der ausschliesslichen Anwendung des Gesetzes des Heimatstaates besteht nach Art. 3 für den Fall, wo das Gesetz des Klageortes dies vorschreibt oder gestattet. Nun kennt aber das schweizerische Recht eine solche *ausdrückliche* Vorschrift zugunsten der ausschliesslichen Anwendung des heimatlichen Rechtes in Scheidungssachen nicht; vielmehr liegt es im Sinn und Geist des Z. E.-G., dass eine Scheidung von einem schweizerischen Gericht jedenfalls nur dann ausgesprochen werden darf, wenn dieselbe nach den Bestimmungen dieses Gesetzes als gerechtfertigt erscheint (H. E. V., S. 157; B.-G. E., A. S. IV, S. 669). Es ist deshalb auch nicht anzunehmen, dass das schweizerische Recht die ausschliessliche Anwendung eines fremden Rechtes in Scheidungssachen etwa *stillschweigend* gestatte.

Ebenso sagt das Bundesgericht in dem erwähnten, bisher nicht publizierten, Urteil vom 7. Dezember 1910 in Erwägung 4:

> Zwar sieht Art. 3 der Übereinkunft insofern eine Ausnahme vor, als die ausschliessliche Anwendung des Heimat-

rechtes zulässig ist, falls das Gesetz des Domizilstaates dies „vorschreibt oder gestattet". Letzteres trifft jedoch für die Schweiz nicht zu, da das Z. E.-G. in dieser Materie als einzige Konzession an das Ausland den nun durch die Haager Übereinkunft ersetzten Art. 56 enthielt.

II. *Ein weiterer Fall ausschliesslicher Anwendung des nationalen Rechts ergibt sich als indirekte Folge des Art. 5 der Konvention.*

Es wird — wie unten noch gezeigt wird —, das nationale Forum für Ehescheidungsklagen ausdrücklich reserviert, wenn das nationale Recht dies verlangt. Diese Tatsache hat dann ihre Rückwirkung auf die Anwendung des materiellen Privatrechts. In der Regel werden nämlich die Ehescheidungsgründe als zwingendes Recht angesehen, und deswegen wird der nationale Richter ausschliesslich sein Recht anwenden. Es liegt für ihn auch gar kein innerer Grund vor, das am *Domizil* der Ehegatten geltende Recht kumulativ anzuwenden. Unter dieser Voraussetzung ergibt sich also eine zweite Ausnahme von dem in Art. 1 und 2 aufgestellten Prinzip. Der Domizilstaat der Ehegatten wird, um das Ehescheidungsurteil auf seinem Gebiet anzuerkennen, die gleichzeitige Berücksichtigung seines Rechtes nicht verlangen können. Dem steht eben die durch Art. 3 der lex fori — die in casu zugleich die lex patriæ ist — verliehene Fakultät entgegen.

§ 40. Der Wechsel der Staatsangehörigkeit und sein Einfluss auf die Ehescheidung.

Cogordan, La nationalité au point de vue des rapports internationaux (Paris 1890).

Sieber, Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, seine Erwerbung und sein Verlust. 2 Bde, (Bern 1907).

E. Lehr, La nationalité dans les principaux Etats du Globe (Paris 1909).

Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer, XV S. 253 f.

Rossi, Des effets en Italie des jugements étrangers de divorce, Journal XXX (1903), S. 267 ff.

Carlo Bisocchi, Acquisito e perdita della nazionalità nella legislazione comparata e nel diritto internazionale (Milano 1907).

Ottolenghi, La frode alla legge e la questione dei divorzi fra italiani naturalizzati all' estero (Torino 1909).

I. *Wenn die Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben, so ist ihr letztes gemeinsames Gesetz als das Gesetz ihres Heimatstaates im Sinne der Konvention anzusehen* (Art. 8).

1. Die Konvention beruht auf dem Prinzip des nationalen Rechtes der Ehegatten. Trotzdem enthält sie, wie schon in der Einleitung bemerkt wurde, grundsätzlich keine Normen über die international-rechtliche Behandlung des massgebenden Anknüpfungsbegriffes der Staatsangehörigkeit. Sie lässt die Voraussetzungen für Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit unberührt, die jeweilen von dem Rechte desjenigen Staates beherrscht werden, um dessen Nationalität es sich handelt. Ferner regelt sie nicht die Frage der Heimatlosigkeit und die Frage der mehrfachen Nationalität der gleichen Person. Sie stellt lediglich eine Norm auf für den Fall, dass die Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen; dann soll ihr letzter *gemeinsamer* nationaler Staat als Heimatstaat im Sinne der Konvention, als massgebend für die Bestimmung des örtlichen Rechts angesehen werden.

2. Hierdurch tritt die Konvention in scharfen Gegensatz z. B. zum deutschen Recht, das allein auf das Heimatrecht des Ehemannes abstellt. Art. 17 Abs. 1 E.-G. zum D. B. G.-B. bestimmt:

> Für die Scheidung sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der *Ehemann* zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

3. Grundsätzlich gilt in allen Konventionsstaaten der Satz, dass die Ehefrau durch die Heirat das Bürgerrecht des Mannes erwirbt. Dies wurde an der Haager Konferenz ausdrücklich konstatiert (Actes 1900, S. 214). Eine Verschiedenheit des Bürgerrechts der Eheleute kann also während der Ehe nur durch willkürlich herbeigeführten Wechsel, speziell durch Naturalisation in einem auswärtigen Staate eintreten. Allerdings gilt auch bei der Naturalisation grundsätzlich in den Konventionsstaaten — wie überhaupt allgemein — das Prinzip der Einheit der Nationalität der Familie. Jedoch sind speziell hier Fälle möglich, wo diese Einheit durchbrochen wird. Es ist z. B. hinzuweisen auf

a) das Bundesgesetz betreffend die Erwerbung des Schweizerbürgerrechts und den Verzicht auf dasselbe vom 25. Juni 1903. Artikel 3 desselben bestimmt:

> Die Aufnahme in das Bürgerrecht erstreckt sich auf die Ehefrau und die Kinder des Gesuchstellers, wenn sie nach dem Rechte der Heimat unter seiner ehemännlichen oder elter-

lichen Gewalt stehen und in der Bewilligung des Bundesrates nicht ausdrücklich Ausnahmen gemacht werden.

Diese Bestimmung, die im früheren Gesetz von 1876 fehlte, wurde in Anlehnung an einen praktischen Fall aufgenommen. Am 21. November 1899 hatte der Bundesrat in Sachen Desfours die von ihm erteilte Bewilligung zur Erwerbung des Schweizerbürgerrechts als null und nichtig erklärt, soweit sie sich auf die Gräfin Desfours und die minorennen Kinder des Grafen Desfours bezog. Der Behörde war nämlich die Tatsache verschwiegen worden, dass dem Grafen Desfours, der österreichischer Staatsbürger war, die väterliche Gewalt über seine Kinder entzogen war, und dass er ferner nach österreichischem Recht für seine gerichtlich von ihm getrennte Ehefrau nicht handeln konnte (B.-B. 1900, I, S. 677).

Die Frage, ob eine von Tisch und Bett getrennte Ehefrau selbständig und ohne Genehmigung des Ehemannes zur Naturalisation berechtigt sei, wird speziell in den Fällen von praktischer Bedeutung werden, wo mit Hülfe des Nationalitätswechsels die Konversion eines Trennungs- in ein Scheidungsurteil erleichtert werden soll. Die Frage wurde namentlich auch erörtert in dem berühmten Fall der Fürstin Bauffremont-Bibesco (vgl. Kahn, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XV, S. 246/7).

Es ist ferner auf eine andere Möglichkeit hinzuweisen, durch die ein verschiedenes Bürgerrecht entstehen kann, nämlich die Wiederaufnahme. Art. 10 leg. cit. bestimmt:

Der Bundesrat kann, nach Anhörung des Heimatkantons, die unentgeltliche Wiederaufnahme folgender Personen in ihr früheres Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht verfügen, wenn dieselben in der Schweiz Wohnsitz haben:

a) der Witwe und der zu Tisch und Bett getrennten oder geschiedenen Ehefrau eines Schweizerbürgers, welcher auf sein Bürgerrecht verzichtet hat, sowie derjenigen Kinder desselben, welche zur Zeit der Entlassung unter elterlicher Gewalt waren, vorausgesetzt, dass die Witwe und die getrennte oder geschiedene Ehefrau binnen zehn

Jahren nach Auflösung oder Trennung der Ehe, die Kinder binnen der gleichen Frist nach zurückgelegtem zwanzigsten Altersjahr, darum einkommen;

b) der Witwe und der zu Tisch und Bett getrennten oder geschiedenen Ehefrau, welche durch ihre Heirat das Schweizerbürgerrecht verloren hat, sofern sie binnen zehn Jahren nach Auflösung oder Trennung der Ehe ihre Wiedereinbürgerung verlangt;

b) den französischen C. c. in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juni 1889 (Sieber II S. 851). Artikel 12 Abs. 2 bestimmt:

La femme mariée a un étranger qui se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au mari ou au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'article 9.

Es wird also bei der Naturalisation des Ehemannes die Ehefrau nicht ipso jure Französin, sondern nur, wenn sie darum nachsucht.

c) den italienischen Codice civile vom 25. Juni 1865 (Sieber II S. 136). Es bestimmt Artikel 10 Abs. 1 und 4:

Der Fremde kann das Bürgerrecht auch durch Naturalisation, entweder auf Grund eines Gesetzes oder eines königlichen Dekretes, erwerben.

Die Ehefrau und die minderjährigen Kinder eines Ausländers, der das Bürgerrecht erworben hat, werden selbst Bürger, sofern auch sie sich im Königreich niedergelassen haben . . . . . .

Ferner bestimmt Artikel 11, der die Fälle des Verlustes des Bürgerrechts aufzählt, in seinem letzten Absatz:

Die Frau und die minderjährigen Kinder desjenigen, der sein Bürgerrecht verloren hat, werden Ausländer, es sei denn, dass sie ihren Wohnsitz im Königreich beibehalten.

Es wird also nach italienischem Recht die Naturalisation auf die Ehefrau nur erstreckt, wenn sie gleichfalls in Italien

wohnt, wie andererseits die Wirkung einer ausländischen Naturalisation auf eine italienische Ehefrau nur anerkannt wird, wenn sie gleichfalls aus Italien auswandert. Vgl. B.-G. A. S., XXXV 2, S. 415.

d) das portugiesische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juli 1867 (Sieber II, S. 227). Es bestimmt in Art. 22 § 1:

> Die Naturalisation im Ausland eines mit einer Portugiesin verheirateten Portugiesen zieht für die Frau den Verlust ihres portugiesischen Bürgerrechts nicht nach sich, es sei denn, dass sie erklärt, dem Staatsbürgerrecht ihres Gatten folgen zu wollen.

Nach portugiesischem Recht raubt also die im Ausland erfolgte Naturalisation eines Portugiesen der portugiesischen Ehefrau ihr portugiesisches Staatsbürgerrecht selbst dann nicht, wenn sie im Ausland wohnt; es ist vielmehr hierzu eine ausdrückliche Erklärung erforderlich.

In allen diesen Fällen steht der Ehefrau ein Einfluss auf die Frage zu, ob die von ihrem Ehemann nachgesuchte Naturalisation sich auf sie erstrecke, und es steht in ihrer Macht, die alte Staatsangehörigkeit beizubehalten. Wenn die Ehegatten dann verschiedener Staatsangehörigkeit sind, so ist gemäss Art. 8 für das Heimatrecht im Sinne der Konvention ihre letzte *gemeinsame* Staatsangehörigkeit massgebend.

4. Wenn aber nach dem betreffenden Rechte die Naturalisation des Ehemannes diejenige der Ehefrau ipso jure zur Folge hat, wie z. B. nach § 11 des deutschen Reichsgesetzes betr. den Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit, so ist die Einheit des Bürgerrechts der Ehegatten wieder hergestellt und für die Anwendung des Art. 8 kein Platz. Es war allerdings, gerade mit Rücksicht auf diesen Fall, beantragt worden, dass ein *ohne Zustimmung der Ehefrau* erfolgter Wechsel der Nationalität gegen sie nicht angerufen werden könne (Actes 1900, S. 209, Documents 1900, S. 140). Dieser Antrag wurde aber wegen der mit seiner Ausführung verbundenen praktischen Schwierigkeiten verworfen. Es hätte hierin ein Eingriff in das interne Staatsrecht gelegen. Sodann stellte man sich auf den Standpunkt, es werde oft sehr schwierig sein, festzustellen, ob der Nationalitätswechsel mit oder ohne Zustimmung der Ehefrau statt-

gefunden habe, speziell wenn die Frage der Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit der Scheidung erst lange nachher auftrete.

Andererseits könne die Ehefrau ihre Zustimmung etwa auch in einem Zeitpunkt geben, wo sie nicht wusste, dass eine scheidungsbegründende Tatsache eingetreten sei. So wird also der Schutz der Ehefrau gegen willkürlichen einseitigen Nationalitätswechsel des Mannes, den die Bestimmung des Art. 8 in erster Linie bezweckt, nur in den Fällen verwirklicht, wo nach den massgebenden staatsrechtlichen Grundsätzen die Frau ihr selbständiges Bürgerrecht ohnehin beibehält.

5. Unter dem „letzten gemeinsamen Gesetz" (dernière législation commune) im Sinne des Art. 8 ist das der *Rechtsquelle* nach, nicht etwa das dem materiellen *Inhalt* nach letzte gemeinsame Recht zu verstehen. Ein Italiener wird z. B. durch Naturalisation Franzose; seine Ehefrau wandert aus Italien nicht aus und bleibt daher Italienerin (Art. 11 Cod. civ., vgl. oben). Gesetzt, diese Frau würde nun nachher durch Naturalisation Deutsche, so wäre sowohl nach ihrem (neuen) deutschen Heimatrecht als nach dem ihres Mannes — dem französischen — eine Ehescheidung möglich. Trotzdem ist eine solche gemäss Art. 8 der Konvention nicht zulässig, weil sie dem der *Quelle* nach letzten gemeinsamen Recht, dem italienischen, unbekannt ist. (Vgl. Kahn, a. a. O. S. 254)

6. Art. 8 bezieht sich nicht nur auf die Fragen des materiellen Rechtes, sondern auch auf diejenigen des Prozessrechtes, speziell Art. 5.

II. *Die Ehescheidung kann nur dann ausgesprochen werden, wenn sie sowohl nach dem zur Zeit der Klageerhebung als auch nach dem zur Zeit des Eintritts der als Scheidungsgrund angerufenen Tatsachen massgebenden nationalen Recht der Ehegatten zulässig ist* (Art. 4).

1. Während die Bestimmung des Art. 8 in erster Linie den möglichsten Schutz der Ehefrau gegen einseitigen, zu ihren Ungunsten vorgenommenen Nationalitätswechsel des Ehemanns bezweckt, geht Art. 4 von einem anderen Gesichtspunkt aus: er richtet sich gegen *beide* Eheleute und verfolgt den Zweck, dem in fraudem legis behufs Ermöglichung der Ehescheidung vorgenommenen Nationalitätswechsel in einem gewissen Grade die Wirksamkeit zu entziehen.

2. Wenn die Konvention auf das Gesetz des Heimatstaats abstellt, so meint sie damit prinzipiell das *zur Zeit der Klageerhebung* bestehende, wenn dies auch nicht *ausdrücklich* ausgesprochen wird, wie z. B. in Art. 17 Abs. 1, E.-G. zum D. B. G.-B., der bestimmt:

> Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann *zur Zeit der Erhebung der Klage* angehört.

Das zur Zeit der Klageerhebung bestehende nationale Recht ist jedoch ausnahmsweise nicht massgebend und kann nicht angerufen werden, um einer Tatsache, die sich ereignet hat, während die Ehegatten oder einer von ihnen einem anderen Staate angehörten, die Wirkung eines Scheidungs- oder Trennungsgrundes zu verleihen (Art. 4). Es muss vielmehr diese Tatsache, um als scheidungsbegründende zu wirken, auch nach dem zur Zeit ihres Eintritts für die Eheleute — eventuell nach Art. 8 — massgebenden nationalen Recht schon ein Scheidungs- oder Trennungsgrund gewesen sei. Dieser Gedanke findet im deutschen Recht, das der Konvention hier als Muster gedient hat, deutlichen Ausdruck. Art. 17 Abs. 2 E.-G. zum D. B. G.-B., der allerdings nur auf die Nationalität des Mannes abstellt, bestimmt:

> Eine Tatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem andern Staate (sc. als dem zur Zeit der Klageerhebung) angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Tatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund ist.

Über das neue schweizerische Recht vgl. unten § 46.

III. *Es sind noch weitere Detailerörterungen zu machen.*

1. Art. 4 bezieht sich sowohl auf die Frage der Scheidung bezw. Trennung im allgemeinen als auch auf die Scheidungs- und Trennungsgründe (Actes 1900, S. 194).

2. Das durch einen Nationalitätswechsel erworbene neue Heimatrecht vermag *frühere* Tatsachen nicht zu erfassen; hingegen stehen solche Tatsachen, die sich *nach* dem Wechsel ereignet haben, vollständig unter seiner Herrschaft. Mit anderen Worten: Es ist nicht etwa von Konventions wegen eine unabänderliche Herrschaft des früheren, die Unauflöslichkeit der Ehe statuierenden Heimatrechtes, speziell desjenigen, unter dem die Ehe abgeschlossen wurde, begründet

worden, und die Tatsache, sich durch Nationalitätswechsel diesem Gesetz zu entziehen, ist nicht etwa als ein konventionswidriges agere in fraudem legis zu betrachten. Die Konvention wollte vielmehr das agere in fraudem legis nur insoweit treffen, als dem neuen nationalen Recht die *rückwirkende* Kraft versagt wird. Dies bringt Renault deutlich in einem Votum zum Ausdruck, in dem er erklärte: Ce que nous voulons précisément empêcher, c'est que, par un changement de nationalité, on puisse faire *rétroagir* la loi nouvelle de manière à donner au fait antérieur un caractère qu'il n'avait pas au moment où il a été commis (Actes 1900, S. 194).

Dies ist die Meinung von Kahn (a. a. O., S. 262). Derselbe verweist vor allen Dingen auch auf die Entstehungsgeschichte der Konvention. Der erste Programmentwurf der holländischen Regierung von 1893 stellte für das Scheidungsrecht u. a. auch folgende Frage (Actes 1893, S. 10):

> Que faut-il décider si les deux époux ont changé de nationalité (ou de domicile) dans le but manifeste de se soustraire aux lois de leur patrie ou de leurs domicile antérieur, et d'obtenir le divorce ou la séparation de corps sous le régime d'une autre loi?

Diese Frage wurde jedoch völlig mit Stillschweigen übergangen. Das beweist, dass dieser Fall von der Konvention nicht getroffen werden und dass man die Wirkungen des Nationalitätswechsels nicht nach seiner publizistischen und seiner zivilrechtlichen Seite zerreissen wollte, sondern sich vielmehr begnügte, durch Art. 4 seine Rückwirkung auszuschliessen.

Der gleichen Ansicht ist auch Niemeyer, Deutsche J.-Z. IX (1904), S. 516, der erklärt, der „Hintertreppengedanke" der fraus legis sei selbstverständlich für den Bereich der Konvention ausgeschaltet, seine Zulassung wäre fraus conventionis. Ebenso bemerkt Czyhlarz a. a. O., S. 19, Nr. 1 — allerdings in erster Linie mit Rücksicht auf die Eheschliessung — der Hinweis auf ein in fraudem legis agere sei nach den klaren Bestimmungen der Konvention ganz ausgeschlossen. Die Konvention sei zum guten Teil zur Beseitigung solcher Unsicherheiten geschlossen worden, sie wieder einschmuggeln zu wollen, wäre zweifellos ein agere in fraudem conventionis. Endlich spricht sich auch ein anderer österreichischer Autor — und deren Urteil ist in dieser Frage mit Rück-

sicht auf die sog. Klausenburger Ehen von besonderer Bedeutung — im gleichen Sinne aus. Bettelheim, Das internationale Eherecht nach den Haager Konventionen, vom Gesichtspunkt der Rückwirkung auf das österreichische Recht betrachtet, Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XVII, S. 597 ff. meint, es hiesse der Konvention Gewalt antun, wenn die grundsätzliche Wirkung des Wechsels der Nationalität im Hinblick auf dabei unterlaufende Motive abgeschwächt würde.

Über die hier besonders wichtige Praxis der italienischen Gerichte, die vor Einführung der Konvention nicht durchaus einheitlich war, orientiert Rossi a. a. O. und Ottolenghi. Letzterer teilt bezüglich der Konvention den hier entwickelten Standpunkt; immerhin aber empfiehlt er den italienischen Gerichten, die um das Vollstreckungsurteil (giudizio di delibazione) angegangen werden, genau zu prüfen, ob auch wirklich die fremde Staatsangehörigkeit ernsthaft erworben bezw. die italienische verloren worden sei. So können die Gerichte öfter auf dem Umweg der Prüfung dieser öffentlich-rechtlichen Frage zur Nichtanerkennung ausländischer Scheidungsurteile über naturalisierte Italiener gelangen. Vgl. unten § 43, Anm. 5.

3. Die unter dem alten nationalen Recht eingetretenen Tatsachen, von denen Art. 4 spricht, können nur dann nicht angerufen werden, wenn sie als *selbständige* Scheidungsgründe (causes déterminées) auf Grund des neuen Heimatrechtes dienen sollen. Wohl aber können sie als Grundlage eines *allgemeinen* Scheidungsgrundes verwertet werden, wie ihn z. B. Art. 45 Z. E.-G. enthält. So hat sich denn auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 27. März 1907 (A. S. XXXIII 2, S. 13 ff.) in einem Fall, in dem es zwar die Anwendbarkeit des Art. 4 ablehnte, dennoch über dessen Bedeutung in Anlehnung an ein Gutachten von Professor Roguin in folgender Weise ausgesprochen:

> A supposer même que, contrairement a ce qui vient d'être dit, le principe de l'art. 4 de la Convention de la Haye fût applicable dans les cas où il s'agit de causes de divorce prévues aux art. 46 et 47 de la foi fédérale sur l'état civil et le mariage, c'est avec raison que la consultation produite par les recourants affirme qu'il serait néanmoins inapplicable dans tous les cas où l'art. 45 de la même loi est invoqué.
>
> En effet, la cause de divorce prévue à cet article ne ré-

side pas dans les *faits* particuliers, mais bien dans un *état* général qui fait apparaître la vie commune comme incompatible avec la nature du mariage. Les faits invoqués par les parties ont uniquement la valeur d'indices de cet état général et permanent. Dès lors peu importe que la date à laquelle les faits se sont produits soit antérieure ou postérieure à la naturalisation, pourvu que le juge puisse en déduire l'existence et la persistance de la véritable cause de divorce, c'est-à-dire d'une profonde altération de l'harmonie conjugale. Des termes de l'art. 45 il résulte qu'il s'agit d'apprécier si au moment du jugement il existe un état de désaccord tel qu'il n'y ait plus de raison pour laisser subsister le mariage. Il ne s'agit pas d'examiner si, dans le passé, l'un des époux a fourni à l'autre des motifs pour demander le divorce, mais bien si d'après la situation réciproque actuelle le lien conjugal ne doit pas être rompu pour l'avenir, dans l'intérêt des parties et dans un intérêt social. Dans des cas semblables, l'art. 4 de la Convention de la Haye est inapplicable.

4. Die unter der Herrschaft des alten nationalen Rechtes eingesretenen Tatsachen müssen nach diesem im konkreten Fall einen Scheidungsgrund bilden und nicht nur in abstracto. Es ist hier z. B. an § 616 D. Z.-P.-O. zu erinnern. Vgl. oben § 38, III.

Wenn also z. B. ein Deutscher, der in Deutschland mit einer Scheidungsklage abgewiesen wurde, das Schweizerbürgerrecht erwirbt und in der Schweiz eine neue Klage erhebt, so genügt es nicht, dass die von ihm allegierten, *vor* dem Nationalitätswechsel eingetretenen Tatsachen *in abstracto* nach deutschem Recht einen Scheidungsgrund bilden. Es darf vielmehr auch *in concreto* keiner der Ausnahmefälle vorliegen, in denen der Scheidungseffekt dieser Gründe konsumiert ist, d. h. es darf sich nicht um solche Tatsachen handeln, welche der Kläger in dem früheren Prozess bereits geltend gemacht hat, bezw. hätte geltend machen können.

5. Art. 4 spricht von einer „*Tatsache*, die sich ereignet hat" (un fait qui s'est passé). Hierunter ist nach dem Wortlaut und dem Sinne — vgl. z. B. die oben zitierte Äusserung Renaults — ein in einem *bestimmten* Zeitpunkt eingetretenes, *einmaliges* Ereignis zu verstehen, z. B. ein Ehebruch, eine schwere Misshandlung, die Verurteilung zu

einer entehrenden Strafe usw. Wie verhält es sich aber mit denjenigen Scheidungsgründen, die nicht in einer Tatsache, einem einmaligen Ereignis, sondern in einem *Zustand* bestehen, sofern dieser Zustand unter dem alten Heimatsrecht bereits begonnen hat und unter dem neuen fortdauert? Man denke z. B. an die bösliche Verlassung, an die Geisteskrankheit.

Die erstere muss z. B. nach holländischem Recht fünf, nach schweizerischem nur zwei Jahre gedauert haben, um Scheidungsgrund zu sein. Hier erhebt sich die Frage, wie die unter einem früheren Heimatrecht abgelaufenen Teile eines solchen Zustandes zu behandeln sind. Sie ist unter analoger Anwendung der Grundsätze zu beantworten, welche im internen Recht für das Verhältnis zwischen altem und neuem Recht, speziell für die Rückwirkung der Gesetze betreffend die Verjährung gelten. (Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 43 u. 44, Entscheid des Reichsgerichts Zivils. I, S. 40, IV, S. 351, Planck, a. a. O., S. 420)

Es sind mehrere Fälle zu unterscheiden:

a) das neue nationale Recht enthält schwerere Bedingungen, z. B. schweizerische Ehegatten erwerben die holländische Staatsangehörigkeit, nachdem bereits zwei Jahre böslicher Verlassung verstrichen sind. Dann müssen die nach dem neuen massgebenden Recht erforderlichen fünf Jahre verstreichen, um den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung anrufen zu können. Immerhin werden die unter dem alten Recht abgelaufenen zwei Jahre mitgezählt werden müssen. So entscheidet auch bezüglich der Geisteskrankheit im deutschen Recht auf Grund von Art. 201 E.-G. zum B. G.-B. Planck a. a. O., S. 421.

b) das neue nationale Recht enthält leichtere Bedingungen z. B. holländische Ehegatten erwerben die schweizerische Staatsangehörigkeit, nachdem bereits zwei Jahre böslicher Verlassung verflossen sind. Hier wird nach Sinn und Geist des Art. 4 die Scheidung auf bösliche Verlassung im Sinne von Art. 46 lit. d Z. E.-G. — abgesehen vom eventuellen Mangel der richterlichen Aufforderung zur Rückkehr — nicht gestützt werden können. Andererseits aber wird nach Ablauf von vollen fünf Jahren die Scheidung auch auf Grund

des alten Rechtes vollzogen werden können, obwohl der *ganze* Tatbestand unter *seiner* Herrschaft noch nicht *vollendet* war, bezw. im Moment des Nationalitätswechsels noch kein nach holländischem Recht genügender Grund vorlag.

IV. *Das zur Zeit der Klageerhebung bestehende bezw. massgebende nationale Recht bleibt während der ganzen Dauer des Ehescheidungsprozesses massgebend. Ein während desselben erfolgender Wechsel der Nationalität ist nicht zu beachten. Es kann also speziell durch einen solchen eine an sich zulässige Scheidung nicht illusorisch gemacht werden. Auf das im Zeitpunkt des Urteils bestehende nationale Recht ist nicht abzustellen.*

1. Für das massgebende nationale Recht der Ehegatten muss auf den Moment der Anhandnahme der Klage, d. h. der Litiskontestation abgestellt werden und nicht etwa auf den Zeitpunkt, in dem das Urteil gefällt wird. Durch die Litiskontestation wird das Streitverhältnis zwischen den Parteien in rechtlicher und faktischer Hinsicht rechtsverbindlich fixiert. Hierzu gehört auch die Nationalität der Ehegatten, wie sie in diesem Zeitpunkt besteht. Sie kann nicht einseitig von einem der Ehegatten während des Rechtsstreites in einer Weise geändert werden, die dem anderen die Rechtsverfolgung zu erschweren oder ganz zu vereiteln geeignet ist. Man darf hier auf die analoge Anwendung der Grundsätze über die Unstatthaftigkeit einer Veränderung der res litigiosa hinweisen.

2. Einen während des Prozesses erfolgenden Nationalitätswechsel zu berücksichtigen bezw. statt auf die z. Z. der Klageerhebung auf die z. Z. der Urteilsfällung bestehende Nationalität abzustellen, verbietet sich auch noch aus einer anderen Erwägung. Wollte man dies tun, so wäre die Frage des anwendbaren Rechtes abhängig gemacht von der rascheren oder langsameren Erledigung des Scheidungsprozesses. Auf ein solches äusserliches Moment darf sicher nicht rekurriert werden.

3. Der Begriff der „Erhebung der Klage" ist allerdings nach dem betreffenden Prozessgesetz zu bestimmen. So kann es kommen, dass auch eine während derPendenz des Scheidungsprozesses erlangte Naturalisation von Einfluss wird. So wurde in einem Falle die Ehescheidungsklage eines Portugiesen von einem deutschen Gericht in der Berufungsinstanz gutgeheissen, gestützt auf die Tatsache, dass

er seit dem erstinstanzlichen Urteil die preussische Staatsangehörigkeit erworben hatte. Der Fall, der bis ans Reichsgericht gelangte (Urteil vom 28. April 1902), lag folgendermassen: Auf Grund des portugiesischen Rechts, dem eine Trennung der Ehe vom Bande damals noch fremd war, wurde durch Urteil des Gerichts zu Oporto vom 14. August 1897 zufolge einer vom Kläger, der damals portugiesischer Staatsangehöriger war, gegen seine Gattin erhobenen Klage die ewige Scheidung der Parteien von Körper und Vermögen wegen Ehebruchs der Beklagten ausgesprochen. Kläger verlegte dann seinen Wohnsitz nach Berlin und beantragte bei dem Landgericht I daselbst durch eine der Beklagten am 26. Juli 1899 zugestellte Klage die Scheidung vom Bande. Seine Klage ward indes durch Urteil vom 2. Dezember 1899 abgewiesen. Kläger legte Berufung ein, erwarb am 12. August 1900 die preussische Staatsangehörigkeit und wiederholte seinen Antrag, zu dessen Begründung er geltend machte, dass Beklagte auch nach jenem Tage Ehebruch getrieben habe. Das Berufungsgericht stellte die Wahrheit dieser Behauptung fest und erkannte auf Grund der §§ 1565, 1574 B. G.-B. nach dem Klageantrag. Beklagte rügte die Anwendung des B. G.-B., da Kläger bei Erhebung der Klage Angehöriger des Portugiesischen Staates gewesen sei. Ihre Revision blieb jedoch ohne Erfolg. Nach Art. 17 Abs. 1 E.-G. zum B. G.-B. sind für die Scheidung die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. Nach § 253 Z.-P.-O. erfolgt die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes, und damit ist die Zustellung der Klageschrift gemeint. Es wird hierbei aber vorausgesetzt, dass es sich bei Erhebung der Klage um die *Begründung* eines Prozessrechtsverhältnisses handle und für solchen Fall als Form der Klage die Schriftform angeordnet. Daraus ergeben sich die Bestimmungen in § 253 Abs. 2 Ziffer 2, in Abs. 1 und in § 263 Abs. 1, Z.-P.-O. Anders liegt es jedoch, wo das Gesetz gestattet, in einem *schon anhängigen Rechtsstreit* noch neue Klagegründe oder Ansprüche geltend zu machen. Für solche Klageerweiterung ist, wie für die Widerklage, das Schrifterfordernis nicht aufgestellt; sie ist vielmehr in der mündlichen Verhandlung geltend zu machen, und damit tritt (§ 281 Z.-P.-O.) die Rechtshängigkeit ein. Dies trifft nach § 614 Z.-P.-O. auf das Verfahren in Ehesachen zu; denn nach dieser Bestimmung können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, andere als

die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden. Danach aber muss die Erhebung solcher Ansprüche in der mündlichen Verhandlung sich als Klageerhebung im Sinne des Gesetzes darstellen. Dementsprechend ist auch Art. 17 Abs. 1, auszulegen. Seine Vorschrift ist zwar materiell-rechtlicher Natur, aber bei ihrer Auslegung ist auf prozessrechtliche Grundsätze zurückzugehen, da das Gesetz, wenn es von „Erhebung der Klage" spricht, hiermit nur den Sinn verbunden haben kann, den das Prozessgesetz damit verbindet (Deutsche J.-Z 1902 (VII) S. 321).

Anmerkungen.

1. Kahn, a. a. O., S. 257 drückt sich in der Frage der Beurteilung dauernder Zustände als Scheidungsgrund folgendermassen aus:

Das richtige, mit Geist und Wortlaut des Art. 4 harmonierende Prinzip dürfte hiernach etwa dahin zu formulieren sein: ein nach dem neuen Heimatrechte scheidungsbegründendes Verhalten muss in jedem Falle mit Bezug auf denjenigen Teil des Tatbestandes, welcher unter dem alten Heimatrechte abgelaufen ist, den Charakter eines im *weiteren Verlaufe* scheidungsbegründenden Ereignisses auch nach dem alten Heimatrechte gehabt haben. Hiermit ist der Rücksicht auf das alte Heimatrecht genügt. Weder braucht also der Scheidungsgrund schon unter dem alten Heimatrechte perfekt und klagbar geworden zu sein, noch braucht der erst nach dem Staatsangehörigkeitswechsel perfekt gewordene Scheidungsgrund als solcher auch dem alten Heimatrechte zu genügen; der unter dem neuen Heimatrechte abgelaufene Teil des neuen Tatbestandes hat in jedem Falle mit dem früheren Heimatrechte nichts mehr zu tun, und die Frage, ob der abgeschlossene Sachverhalt zur Scheidung genügt, ist daher — sobald jene Voraussetzung für die unter dem alten Heimatrechte abgelaufene Zeit gegeben ist — ausschliesslich nach dem neuen Heimatrechte zu beurteilen.

2. Über die hier auftauchenden Fragen ist auch zu vergleichen Zitelmann, Verhältnis der örtlichen und der zeitlichen Anwendungsnormen zueinander, Jherings Jahrb. XLII, S. 189 ff.

3. Das E.-G. zum B. G.-B. bestimmt in Art. 201:

> Die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erfolgen von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches an nach dessen Vorschriften.
>
> Hat sich ein Ehegatte vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches einer Verfehlung der in den §§ 1565 bis 1568 des Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichneten Art schuldig gemacht, so kann auf Scheidung oder auf Aufhebung derehelichen Gemeinschaft nur erkannt werden, wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund war.

Diese Bestimmung des intertemporalen Privatrechts kann auch für die Interpretation der durch Art. 4 der Konvention aufgeworfenen Fragen mit Nutzen herangezogen werden. So sagt z. B. Planck zu Art. 201 a. a. O., S. 420 bezüglich der oben sub III, Nr. 5 behandelten Frage:

Zur Scheidung wegen eigentlicher Desertion (§ 1567, Abs. 1, Nr. 2 B. G.-B.) ist erforderlich, dass die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung seit Jahresfrist gegen den flüchtigen Ehegatten bestanden haben, mag auch das alte Recht die Scheidung an geringere Erfordernisse geknüpft haben. Die im § 1567 des B. G.-B. sowohl für die Desertion wie für die Quasidesertion vorgesehene einjährige Frist ist auch dann gewahrt, wenn das Jahr unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes abgelaufen ist (Rspr. I, S. 313). Verlangt aber das bisherige Recht zur Scheidung wegen böslicher Verlassung eine längere als einjährige Frist, so muss entweder die Frist des neuen Rechtes völlig unter diesem oder die ganze Frist des alten Rechtes abgelaufen sein (R.-G. in J. W. 1900, S. 584).

4. Eine vom schweizerischen Bundesrat erteilte Bewilligung zum Erwerb des Schweizerbürgerrechts wurde von ihm wieder annulliert, weil er zu der Überzeugung gelangt war, dass der Bewerber nur zu dem Zweck Schweizerbürger werden wollte, um seine Ehescheidung durchsetzen zu können (B.-B. 1892, II S. 814). Vgl. auch Meili, Handbuch I, S. 155.

5. Über die Stellung der schweizerischen Gerichte zum agere in fraudem legis im Ehescheidungsrecht vgl. unten § 46.

6. Betreffend die Gesetze und Staatsverträge ist zu verweisen auf Sieber, Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, seine Erwerbung und sein Verlust (Bern 1907), 1. Bd. Systematische Darstellung, 2. Bd. Beilagen.

§ 41. Die Ehescheidungsgerichtsstände.

Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 223—233.

I. *Es ist ein grosser Vorzug dieser Konvention, dass sie nicht bloss Bestimmungen über das anzuwendende materielle Recht enthält, sondern auch solche über die Kompetenzfrage.*

1. Dabei ist scharf zu betonen, dass die Konvention keine neuen Gerichtsstände geschaffen, sondern dass sie nur bestimmt hat, in welchem Staate die Klage auf Scheidung oder Trennung zu erheben ist, soweit der interne Staat die betreffenden Gerichtsstände zulässt. Die Konvention geht von denjenigen Gerichtsständen aus, die nach den internen Gesetzen bestehen. Man könnte hier in einem gewissen Sinne von Verweisung sprechen, indessen ist diese Konstruktion eher zu vermeiden.

2. Wenn die Konvention in Art. 5 von der Klage spricht, so meint sie damit die Hauptklage, gerichtet sei es auf Ehescheidung, sei es auf Trennung.

II. *Die Konvention enthält in Art. 5 Detailbestimmungen.*

Die Klage kann erhoben werden:

1. vor dem nach dem Gesetze des *nationalen* Staates der Ehegatten zuständigen Gerichte (Art. 5_1).

Dabei ist gleichgültig, ob es sich um geistliche, weltliche, administrative oder sonstige Behörden handelt.

In Schweden ist z. B. die Ehescheidung wegen gewisser spezieller Gründe dem König überlassen. (Vgl. oben § 38.)

2. vor dem zuständigen Gerichtsstand des Staates, wo die Ehegatten ihren *Wohnsitz* haben (Art. 5_2).

Hier musste die Konvention einzelne Besonderheiten besprechen:

a) wenn die Ehegatten nach der lex patriae nicht das gleiche Domizil haben, so kommt es auf das Domizil des *Beklagten* an.

In der Regel werden freilich die Ehegatten das gleiche Domizil haben.

Was den Fall betrifft, dass die Ehegatten tatsächlich nicht den gleichen Wohnsitz haben, so ist zu sagen:

Massgebend ist, wenn z. B. reichsdeutsche Ehegatten nicht gleichzeitig in der Schweiz wohnen, das deutsche Recht, und Art. 4 B.-G. N. & A. („als Wohnsitz der Ehefrau gilt der Wohnsitz des Ehemannes") tritt gegenüber Art. 5 der Konvention zurück. Der masgebende § 10 D. B. G.-B. stellt allerdings den Grundsatz auf, dass die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes teile, allein sie teilt ihn nicht, wenn der Mann seinen Wohnsitz im Ausland an einem Ort begründet, an den ihm die Frau nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist. Von dieser Folgepflicht ist die Ehefrau entbunden, wenn sich die Entscheidung des Mannes als Missbrauch seines Rechtes darstellt (§ 1354_2 B. G.-B.).

In Anwendung dieser Grundsätze hat sich das Bezirksgericht Zürich mit Beschluss vom 4. November 1908 zur Behandlung einer Scheidungsklage für unzuständig erklärt. Der Ehemann, ein deutscher Reichsangehöriger, hatte sich nach Zürich begeben, seine Frau war in Deutschland geblieben und ihm nicht gefolgt. Zwar hatte sie der Ehemann wiederholt aufgefordert, zu ihm nach Zürich zu kommen. Das Gericht konstatierte jedoch aus den Akten, dass es ihm mit dieser Aufforderung nicht Ernst war, sondern dass er vielmehr aus dem Nichtkommen nur den Scheidungsgrund der böswilligen

Verlassung gegen die beklagte Ehefrau konstruieren wollte. (Vgl. Schweiz. J.-Z. 1909, S. 20).

Im gleichen Sinne sprach sich das Obergericht des Kantons Thurgau in einem — bisher nicht publizierten — Entscheid vom 22. September 1910 aus. Ein reichsdeutscher Ehemann, der in Konstanz domiziliert war, war mit seiner Ehescheidungsklage von den deutschen Gerichten zweimal abgewiesen und in den betreffenden Urteilen war konstatiert worden, dass die Ehefrau mit Recht getrennt von ihm lebe. Er erwirkte nun eine Niederlassungsbewilligung in dem benachbarten Kreuzlingen und mietete dort ein Zimmer, während er seine Berufsstellung in Konstanz beibehielt. Das Bezirksgericht Kreuzlingen, bei dem er eine Ehescheidungsklage einreichte, hiess diese gut. Das thurgauische Obergericht wies die Klage jedoch von der Hand. Abgesehen von der Frage, ob im speziellen Fall überhaupt nicht nur eine fiktive Domizilsbegründung in Kreuzlingen vorliege, stellte es darauf ab, dass nach dem massgebenden deutschen Recht im konkreten Fall die Ehefrau ihrem Mann zu folgen nicht verpflichtet war, dass daher die Eheleute einen gemeinsamen Wohnsitz nicht hatten und im Sinne von Art. 5_2 der Konvention der Wohnsitz der Beklagten — der in casu in Italien war — massgebend sei.

b) im Falle der böslichen Verlassung oder im Fall der Verlegung des Wohnsitzes nach Eintritt eines Scheidungsgrundes *kann* die Klage auch am *letzten gemeinsamen Domizil* erhoben werden, d. h. in dem Staate, wo die Ehegatten tatsächlich zuletzt gelebt haben.

Eine solche Verlegung des Wohnsitzes erfolgt häufig gerade deshalb, um dem verletzten Teil die Stellung einer Scheidungsklage zu erschweren. Diesem Manöver soll durch die Verleihung der Kompetenz an die Gerichte des letzten gemeinsamen Wohnsitzes der Riegel vorgeschoben werden.

c) am forum domicilii kann ferner geklagt werden, wenn das nationale Forum verschlossen ist, z. B. deswegen, weil die Ehe dort gar nicht anerkannt wird (Art. 5_2 letzter Satz).

Diese Möglichkeit kann z. B. in den Fällen eintreten, welche in Art. 3_1 und in Art. 5_1 der Eheschliessungskonvention

vorgesehen sind. Hiernach kann das Gesetz des Ortes der Eheschliessung eine nach dem Heimatrecht der Nupturienten verbotene Ehe zulassen, wenn das Verbot ausschliesslich auf Gründen religiöser Natur beruht. Ferner kann in formeller Beziehung eine Ehe zwischen Nupturienten, deren Heimatrecht die kirchliche Eheschliessung vorschreibt, unter Nichtbeobachtung dieser am Eheschliessungsort, der diese Form nicht kennt, abgeschlossen werden (vgl. oben § 23).

III. *Der innerhalb des Konventionsgebietes bestehende Rechtszustand bezüglich der exklusiven Zuständigkeit der heimatlichen Gerichte für die Scheidungs- oder Trennungsklage ist verschieden.*

In dieser Beziehung ist, unter Verweisung auf die Kreisschreiben des Bundesrates vom 5. März 1907, 1. Juli 1907 und 14. August 1908, folgendes zu sagen:

1. Exklusive Fora bestehen:

a) in Ungarn,

b) bis in die jüngste Zeit in der Schweiz (vgl. oben § 33).

2. Ein exklusives Forum besteht nicht:

a) in Deutschland. § 606 Abs. 2 der D. Z.-P.-O., der eine dem Art. 43 Abs. 2 Z. E.-G. analoge Bestimmung enthält, schliesst die Zuständigkeit ausländischer Gerichte für die Scheidung einer Ehe zwischen deutschen Reichsangehörigen nicht aus, sofern der Ehemann einen Wohnsitz im Ausland hat. Vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.-P.-O., Note 1 zu § 606; Sydow, Kommentar zur Z.-P.-O., Note 5 zu § 606. Auch das zürcherische Obergericht hat sich in diesem Sinne ausgesprochen (Z. R. V, Nr. 191), ebenso das Bundesgericht (A. S. XXXIII, 1, S. 2).

Huber, Zur internationalen Haager Ehescheidungsübereinkunft, Schweiz. J.-Z., III (1907), S. 286, weist auf einen Fall ausschliesslicher Zuständigkeit der deutschen Gerichte hin. Nach § 15 D. Z.-P.-O. behalten nämlich Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität geniessen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reiches oder eines Bundesstaates in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie im Heimatstaat hatten. In Ermangelung eines solchen

Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimatstaates als ihr Wohnsitz. Daher können z. B. in Basel oder Schaffhausen wohnende deutsche Zoll- oder Eisenbahnbeamte durch die schweizerischen Gerichte ihres Wohnsitzes nicht geschieden werden, weil ihr Heimatrecht einen ausschliesslichen Gerichtsstand im Heimatstaat vorschreibt.

b) in Belgien.

c) in Luxemburg.

d) in Frankreich. Für die Zulässigkeit der Jurisdiktion des Wohnsitzgerichtes über Ehescheidungsklagen von Franzosen werden namentlich folgende Urteile des Tribunal civil de la Seine angeführt: vom 2. August 1887, Journal 1888, S. 86 ff., vom 28. Januar 1891, bestätigt durch die Cour d'appel am 5. August 1891, Journal 1891, S. 227 ff., 1214; vom 29. Mai 1897, Journal 1898, S. 129, und Revue de dr. i. p. et de dr. p. int. II, S. 199. Vgl. auch Rivière et Weiss, Pandectes françaises, vol. 24 s. v. divorce, Nr. 3166 ff., und Niemeyer, Sind deutsche Gerichte zuständig für Scheidungsprozesse französischer Ehegatten? Zeitschrift von Böhm-Niemeyer XV, S. 119 ff. Auch das zürcherische Obergericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen (Z. R. V, Nr. 185). Der gleichen Ansicht ist auch das Bundesgericht (A. S. XXXV, 2, S. 400); und in einem bisher noch nicht publizierten Urteil vom 7. Dezember 1910 führt es in Erwägung 3 aus:

> Wie in der Praxis durchaus feststeht (vgl. A. S. 35, II, S. 400, Z. R. V, Nr. 185), trifft der im zweitletzten Satz des Art. 5 vorgesehene Fall, dass der Heimatstaat für seine Gerichte die ausschliessliche Kompetenz zur Scheidung von Ehen zwischen seinen Staatsangehörigen in Anspruch nimmt, bei Frankreich nicht zu.

e) in Italien. Nach Doktrin und Praxis schliesst das italienische Recht die Zuständigkeit fremder Gerichte zur Beurteilung von Trennungsklagen von Italienern nicht aus. Das Obergericht Zürich erwiderte auf die Einfrage eines Bezirksgerichtes, die italienische Prozessordnung enthalte, soviel ihm bekannt sei, weder eine Bestimmung, nach der nur der italienische Richter für die Trennungsklage eines Italieners zu-

ständig wäre, noch eine solche, dahingehend, dass ausserhalb des Heimatstaates domizilierte Italiener die betreffende Klage vor einem italienischen Gericht erheben können (Gesamtobergericht, 13. Dezember 1905, Z. R. V, Nr. 158).

f) in Rumänien.

g) in Portugal.

h) in Schweden. Jedoch muss das betreffende Gericht auch nach der Gesetzgebung seines eigenen Staates zuständig sein und das erlassene Urteil durch das Appellationsgericht von Svea bestätigt werden. Diese Bestätigung ist erforderlich, damit sich der geschiedene Teil in Schweden wieder verheiraten kann (Gesetz vom 8. Juli 1904, Kap. 3, §§ 6, 7, 8). Allerdings wird diese Bestätigung gemäss Art. 7 der Konvention regelmässig erteilt werden *müssen* (vergl. unten § 43).

i) in den Niederlanden. Allerdings ist in dem Kreisschreiben des B.-R. vom 5. März 1907, B.-B. 1907, I, 908, das Gegenteil gesagt. Allein diese Angabe ist im B.-B. 1909, III, S. 968 durch Kreisschreiben vom 4. Juni 1909 rektifiziert worden. Es heisst dort:

> Es fehlt an einer Bestimmung über diese Frage. Nach Ansicht der niederländischen Regierung sind die schweizerischen Gerichte zuständig, Ehescheidungs- und Trennungsklagen von Niederländern, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, zu behandeln.

3. Über ausserhalb der Konvention stehende Länder ist folgendes zu erwähnen:

a) Russland steht bezüglich der orthodoxen Russen auf dem Standpunkt der Exklusivität des heimatlichen Gerichtsstandes.

b) Vorgeschlagen ist ein exklusives Forum auch in einer Gesetzesvorlage von Österreich. Würde diese Vorlage angenommen, so könnten Österreicher, die in Deutschland oder in der Schweiz wohnen, nur in Österreich die Trennung verlangen, und dort würde nur die lex fori angewandt, auch wenn die trennungsbegründende Tatsache unter einer anderen Gesetzgebung eine andere Bedeutung hätte wie in Österreich.

IV. *Art. 5 beschäftigt sich überhaupt nicht mit der Frage der Zulässigkeit der Scheidung bezw. Trennung von Tisch und Bett, sondern regelt nur die örtliche Kompetenz für die Behandlung derartiger Klagen.*

Ein Urteil, das in Anwendung der Bestimmungen des Art. 5 die Inkompetenz des angerufenen Gerichtes ausspricht, ist daher kein Hauptturteil, d. h. kein solches, das über den im Prozess geltend gemachten materiellen Anspruch definitiv entscheidet und gegenüber der Geltendmachung des gleichen Anspruchs in einem neuen Prozess die Einrede der abgeurteilten Sache begründet. Ein Urteil, das nur eine der in Art. 5 enthaltenen Vorschriften über die Zuständigkeit der angerufenen Gerichte anwendet, bewirkt keine Rechtskraft für den materiellen Scheidungsanspruch, der sich ausschliesslich auf Art. 1 und 2 der Konvention gründet. Daher ist auch die Berufung gegen ein derartiges Urteil ans Bundesgericht unzulässig, wie letzteres in einem Entscheid vom 30. November 1910 ausgesprochen hat, indem es auf die Berufung gegen das oben sub II zitierte Urteil des thurgauischen Obergerichts nicht eintrat. Der Charakter des angefochtenen Urteils ändert sich dadurch nicht, dass zur Entscheidung der Kompetenzfrage die Frage, wo die Beklagte ihren Wohnsitz habe, auf Grund materieller Bestimmungen des D. B. G.-B. beantwortet werden musste; denn hierbei handelt es sich nur um eine Präjudizialfrage (Schweiz. J.-Z., 1911 (VII) S. 316).

Allerdings ist wegen Verletzung der Vorschriften des Art. 5, wenn auch nicht die Berufung, so doch ein staatsrechtlicher Rekurs im Sinne von Art. 175, Ziffer 3 O.-G. zulässig. Vgl. auch A. E. XXXV, 1, S. 471 ff. und oben § 15.

Anmerkungen.

1. Es ist eine weit verbreitete Ansicht der Laien, dass eine Ehe da wieder geschieden werden könne, wo sie abgeschlossen worden ist. Diese Ansicht ist irrig.

2. Niemeyer, Die Haager Familienrechtskonventionen, Deutsche J.-Z. IX (1904), S. 516, bemerkt zutreffend: Von grösster Wichtigkeit ist die in der Ehescheidungskonvention erfolgte Normierung der Gerichtszuständigkeit. Man hat richtig erkannt, dass diese der archimedische Punkt für das internationale Ehescheidungsrecht ist.

3. Auch nach dem Z.-G.-B. ist, im Gegensatz zum bisherigen schweizerischen Recht (Art. 4 B.-G. N. u. A.), ein besonderer Wohnsitz der Ehefrau rechtlich weit eher möglich. Nach Art. 25, Abs. 1 Z.-G.-B. gilt zwar grundsätzlich auch fernerhin der Wohnsitz des Ehemannes als Wohnsitz der Ehefrau; Abs. 2 fügt aber hinzu:

Ist der Wohnsitz des Ehemannes nicht bekannt oder ist die Ehefrau berechtigt, getrennt zu leben, so kann sie einen selbständigen Wohnsitz haben.

Nach dem massgebenden Art. 170 Z.-G.-B. ist jeder Ehegatte, sofern seine Gesundheit, sein guter Ruf oder sein wirtschaftliches Auskommen durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet werden, berechtigt, für so lange, als diese Gefährdung dauert, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben. Allerdings war es auch bisher in der Judikatur, speziell des Bundesgerichtes, schon grundsätzlich anerkannt, dass die Pflicht der Ehefrau, ihrem Mann an seinen Wohnsitz zu folgen, keine absolute und unbeschränkte sei. Vgl. A. S. XII, S. 499; XXVIII, 2, S. 4.

4. Es ist hier auf folgende beiden Kompetenzvorschriften zu verweisen.

§ 606 D. Z.-P.-O. bestimmt:

Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschliesslich zuständig.

Ist der Ehemann ein Deutscher und hat er im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand, so kann die Klage bei dem Landgericht erhoben werden, in dessen Bezirk er den letzten Wohnsitz im Inlande hatte; in Ermangelung eines solchen Wohnsitzes finden die Vorschriften des § 15, Abs. 1 Satz 2, 3 entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, sofern der Ehemann im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, in dem Falle, dass der Ehemann die Reichsangehörigkeit verloren, die Ehefrau sie aber behalten hat, oder dass beide Ehegatten die Reichsangehörigkeit verloren haben, der Ehemann aber eine andere Staatsangehörigkeit nicht erworben hat.

Ist eine Deutsche eine Ehe mit einem Ausländer eingegangen, und hat dieser im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand, so können die Nichtigkeitsklage und die Anfechtungsklage von der Ehefrau bei dem Landgericht erhoben werden, in dessen Bezirke sie den letzten Wohnsitz im Inlande hatte; in Ermangelung eines solchen Wohnsitzes finden die Vorschriften des § 15, Abs. 1 Satz 2, 3 entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, sofern nicht nach Absatz 2, Satz 2 ein Gerichtsstand begründet ist, in dem Falle, dass eine Deutsche eine Ehe mit einem Deutschen eingegangen ist, dieser aber die Reichsangehörigkeit verloren und im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Sind beide Ehegatten Ausländer, so kann die Scheidungsklage im Inlande nur erhoben werden, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört.

§ 100 der österreichischen Jurisdiktionsnorm bestimmt:

Klagen gegen einen österreichischen Staatsangehörigen auf gerichtliche Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung einer Ehe und andere Klagen wegen nicht rein vermögensrechtlicher Streitigkeiten aus dem ehelichen

oder Elternverhältnisse können, wenn im Inlande hiefür weder ein allgemeiner, noch ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, entweder bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Klägers, oder wenn auch für diesen ein solcher im Inlande nicht begründet ist, bei dem Landesgerichte in Wien angebracht werden.

§ 42. Die provisorischen Massnahmen.

I. *Der Erlass provisorischer Massnahmen, ihre Voraussetzungen und ihr Inhalt richten sich grundsätzlich nach dem Rechte des Staates, dessen Gerichte mit der Hauptklage auf Scheidung oder Trennung befasst sind. Jedoch können auch die Gerichte des Domizilstaates provisorische Massnahmen erlassen, obwohl sie für die materielle Behandlung der Scheidungs- oder Trennungsklage nicht kompetent sind.*

1. Bis zur endgültigen Erledigung einer Scheidungs- oder Trennungsklage werden in der Regel auf Antrag der Parteien vorläufige Massnahmen getroffen. Diese beziehen sich in der Hauptsache auf die Bewilligung zum Getrenntleben der Ehegatten, auf die Fürsorge für die Kinder, auf die gegenseitige Herausgabe der Gegenstände des persönlichen Gebrauchs und auf die Gewährung eines Alimentationsbeitrages an die Ehefrau. Nach französischem Recht können ausserdem im Interesse der unter dem Güterrecht der communauté légale verheirateten Ehefrau die Verwaltungsbefugnisse des Ehemannes eingeschränkt werden (Art. 243 C. c. in der Fassung des Gesetzes vom 18. April 1886).

Diese vorläufigen Massnahmen gehen regelmässig mit der Einleitung des Scheidungsprozesses Hand in Hand bezw. sind erst nach derselben zulässig. So bestimmt Art. 44 Z. E.-G.:

> *Nach Anhörung der Klage* (Art. 43) gestattet der Richter, wenn es verlangt wird, der Ehefrau, gesondert vom Ehemann zu leben, und trifft überhaupt für die Dauer des Prozesses in Beziehung auf den Unterhalt der Ehefrau und der Kinder die angemessenen Verfügungen.

Ebenso bestimmt Art. 145, Z.-G.-B.:

> *Ist die Klage angebracht*, so trifft der Richter die für die Dauer des Prozesses nötigen vorsorglichen Massregeln, wie namentlich in bezug auf die Wohnung und den Unterhalt der Ehefrau, die güterrechtlichen Verhältnisse und die Versorgung der Kinder.

Es ist ferner zu verweisen auf die französische loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps vom 18. April 1886, speziell Art. 236 und 241 Code civil. Dieselben bestimmen:

> Art. 236. Le juge peut, *par l'ordonnance permettant de citer*, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire.
>
> Art. 241. La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

Hieraus folgt, dass regelmässig nur das mit der Hauptsache befasste Gericht zum Erlass der provisorischen Massnahmen kompetent ist. Im Konventionsgebiete wird es also regelmässig das Gericht am Domizil der Ehegatten bezw. das Gericht im Heimatsstaate derselben sein.

2. Was das anwendbare örtliche Recht betrifft, so enthält die Konvention hierüber grundsätzlich keine ausdrücklichen Bestimmungen; speziell besteht keine Kollisionsnorm, die nach dem in Art. 2 für die Scheidungsgründe aufgestellten Muster etwa eine Kumulation der lex patriæ und der lex domicilii aufstellt. Für die Voraussetzungen und den Inhalt der provisorischen Massnahmen ist daher das interne Recht des Gerichtes massgebend, das um ihren Erlass angegangen wird, vorbehalten die unter Nr. 5 besprochene Ausnahme. So hat das Obergericht Zürich speziell bezüglich des Gesuches um Bewilligung des Getrenntlebens sich dahin ausgesprochen, dass dasselbe auch dann, wenn die Ehegatten Angehörige eines anderen Staates sind, nach zürcherischem Rechte zu beurteilen sei (R.-B. des Obergerichts 1908 Nr. 4).

So bestimmt sich ferner z. B. nach internem Rechte, ob nur die Ehefrau oder — wie z. B. nach Art. 145 Schweiz. Z.-G.-B. — auch der Ehemann das Getrenntleben verlangen kann. Ebenso bestimmt sich nach internem Recht, ob der Ehefrau, wenn ihr das Getrenntleben bewilligt wird, ein bestimmtes Domizil anzuweisen ist, wie es nach französischem Recht (vgl. den zit. Art. 236) der Fall ist.

3. In Abweichung von den angeführten Grundsätzen hat jedoch die Konvention einen Fall vorgesehen, in welchem auch ein zur materiellen Behandlung des Scheidungs- oder Trennungsprozesses nicht kompetentes Gericht provisorische Massnahmen erlassen kann. Es handelt sich um die Bestimmung des Art. 6. Er ist erst auf der dritten Konferenz eingefügt worden (Actes 1900, S. 212; Documents 1900, S. 146). Ihre Notwendigkeit ergab sich daraus, dass in Art. 5 Ziff. 2 die Möglichkeit einer ausschliesslichen Kompetenz der Heimatsgerichtsbarkeit vorbehalten wurde. Es war daher notwendig für die Zeit, bis das vielleicht weit entfernte heimatliche Gericht angegangen werden kann, die Kompetenz einer näher liegenden Instanz d. h. eben des Domizilgerichtes für den Erlass provisorischer Massnahmen vorzusehen.

II. *Die vom Domizilgericht erlassenen provisorischen Massnahmen fallen nach der Konvention dahin, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres durch die Gerichte des nationalen Staates bestätigt werden.*

1. An Hand der Konvention und der Gesetzgebung des Domizilstaates muss man sagen, dass die provisorischen Massnahmen im doppelten Sinne beschränkt sind.

a) Sie bleiben nicht länger bestehen, als es das Gesetz des Wohnsitzes gestattet. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass für diese provisorischen Massnahmen das interne Recht gilt.

b) Auch wenn das Gesetz des Wohnsitzes eine längere Dauer gestatten würde, bleiben sie doch nur ein Jahr bestehen, sofern sie nicht vor Ablauf desselben durch die Gerichte des Heimatstaates bestätigt werden. Die Bestimmung des Art. 6 wird freilich im Sinne möglichster Aufrechterhaltung der vom Domizilgericht erlassenen Massnahmen zu interpretieren sein. Die Frist von einem Jahre beginnt daher, obwohl die Konvention hierüber ausdrücklich nichts sagt, nicht schon vom faktischen Erlass der betreffenden Massnahme, sondern von deren Rechtskraft an zu laufen.

2. Nun wurde oben erwähnt, dass z. B. nach schweizerischem Recht die provisorischen Massnahmen nur verlangt werden können, „nach Anhörung der Klage, bezw. wenn die Klage angebracht ist“.

Ebenso wird nach französischem Recht (Art. 236 leg. cit.) das Getrenntleben durch die „ordonnance permettant de citer" bewilligt, d. h. also erst *nach* Klageeinleitung. Lassen sich diese internen Vorschriften gegenüber Art. 6 der Konvention aufrecht erhalten? Die Frage muss verneint werden. Bezüglich des schweizerischen Rechts sagt allerdings der Bundesrat in der Botschaft vom 18. November 1904 (B.-B. 1904, V, S. 886):

> Was die provisorischen Verfügungen bei Ausländerehen anbetrifft, so wird der Ausländer gemäss Art. 44 Z. E.-G. in Verbindung mit Art. 6 der Konvention erst dann eine solche Verfügung von dem zur Entscheidung der Hauptsache überhaupt nicht zuständigen Domizilgericht der Schweiz verlangen können, wenn er bei dem zuständigen Heimatgerichte die Klage eingelegt hat. Denn das schweizerische Recht sieht die Möglichkeit provisorischer Verfügungen erst *nach* Einlegung der Klage vor.

An einer früheren Stelle der Botschaft, wo von der Stellung der Schweizer im Ausland gesprochen wird, heisst es dagegen:

> Da Art. 43 Z. E.-G., wenigstens nach der herrschenden Auffasung, einen ausschliesslichen Gerichtsstand am letzten Wohnort oder am Heimatort aufstellt, so können Schweizer im Ausland nur in der Schweiz eine Scheidungsklage anbringen. Dagegen sind sie berechtigt, am Domizil provisorische Verfügungen zu erwirken, die sie aber *nach* Anbringung der Klage in der Schweiz durch den schweizerischen Richter binnen einem Jahre bestätigen lassen müssen.

Es liegt also hier ein Widerspruch vor, indem, im Gegensatz zur ersten in der zweiten Äusserung die Zulässigkeit provisorischer Massnahmen *vor* Anbringung der Klage anerkannt wird. Diese letztere Auffassung entspricht allein dem Sinn und Geist des Art. 6 der Konvention. Wollte man den Nachweis der Einleitung der Klage bei dem heimatlichen Gerichte verlangen, so wäre der Zweck des Art. 6, ein schnelles Eingreifen des Domizilgerichtes zu ermöglichen, illusorisch gemacht. An die Stelle des Nachweises der Klageeinleitung tritt im Gebiete der Konvention eine Resolutivbedingung für das Inkraftbleiben der provisorischen Massnahmen, nämlich die Notwendigkeit ihrer Bestätigung durch die Gerichte des nationalen Staates innerhalb eines Jahres.

Diese Ansicht wird auch von Hauser a. a. O., S. 87 geteilt, der mit Recht darauf aufmerksam macht, dass hierin eine Bevorzugung der Ausländer vor den Schweizern nicht liege; denn wenn von diesen die Erhebung der Scheidungsklage *vor* Anordnung provisorischer Massnahmen verlangt werde, so bedeute dies keine Verzögerung dieser letzteren, wie bei den Ausländern, die eben nur in ihrem Heimatstaat klagen können.

3. Nach Art. 6 können diejenigen provisorischen Massnahmen nachgesucht werden, die in der Gesetzgebung des Domizilstaates für die *Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft* (cessation de la vie commune) vorgesehen sind. Es ist also gleichgültig, ob nach dem nationalen Recht der Ehegatten auch die Ehescheidung oder nur die Ehetrennung möglich ist. Es kann also z. B. in der Schweiz, wo grundsätzlich das Gesuch um Getrenntleben nur zur Einleitung eines Ehescheidungsprozesses zulässig ist, ein solches auch von denjenigen Konventionsausländern gestellt werden, deren nationales Recht nur die Trennung zulässt. Art. 6 gibt dem Petenten ein konventionsmässiges *Recht* gegenüber den Gerichten des Domizilstaates auf Erlass der provisorischen Massnahmen. Diese stehen nicht etwa im freien Ermessen der Gerichte.

Anmerkungen.

1. Hess a. a. O. S. 91 glaubt, dass es, um dem Art. 6 die Wirksamkeit nicht zu rauben, zur Legitimation für ein Gesuch im Sinne von Art. 44 Z. E.-G. an der Glaubhaftmachung der Klageeinleitung genügen sollte, z. B. durch ein Zeugnis einer zur Ausstellung von Attesten ermächtigten Amtsstelle des Domizilstaates. Es ist aber nicht ersichtlich, wie die Behörden des Domizilstaates über einen Vorgang im Heimatstaate des Petenten ein Zeugnis ausstellen sollen.

2. Wenn in der Schweiz, der eigentlichen Verhandlung des Scheidungsprozesses vorausgehend, ein Gesuch im Sinne von Art. 44 Z. E.-G. gestellt wird, so liegt in dem darüber zu erlassenden Beschluss kein Hauptturteil, sondern lediglich eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 578 des Gesetzes betr. die zürch. Rechtspflege. (Sträuli, Kommentar zu § 578, Nr. 1, Supplement zu § 578, Nr. 3.) Dieser Entscheidung kommt zwar eine Vollstreckungswirkung, aber nicht Rechtskraft zu (Sträuli, Nr. 2 zu § 723, Supplement Nr. 2 zu S. 578). Dieses letztere Requisit ist aber das wesentlichste Merkmal eines Haupturteils. Hier liegt der Grund, weswegen in der Schweiz gegen jene Entscheidung nicht das Bundesgericht angerufen werden kann. Wohl aber ist die Kompetenz des Kassationsgerichts in Zürich unter Umständen begründet (Beschluss des Kassationsgerichts vom 11. März 1909 i. S. Eheleute Bloch). Immerhin hat das Kassationsgericht erklärt, dass die Vorschrift des Art. 44 Z. E.-G. „nach Anhörung der Klage“ eine Verfahrensvorschrift sei und ihre angebliche Ver-

letzung daher nicht den Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechtes bilden könne; dass ferner eine Verweigerung rechtlichen Gehörs nicht behauptet werden könne, wenn die Abnahme von Beweisen oder die persönliche Einvernahme der Parteien abgelehnt werde, da Art. 44 lediglich auf das einseitige Vorbringen des klagenden Petenten abstelle und nicht einmal die Anhörung der anderen Prozesspartei garantiere.

3. Über das Verhältnis des Art. 56 Z. E.-G. zum Erlass provisorischer Massnahmen bei der Ehescheidung von Ausländern vgl. oben § 33 N. 7.

4. Provisorische Massnahmen werden unter den im folgenden § 43 angegebenen Voraussetzungen überall vollstreckt werden müssen. Immerhin ist die in Art. 6 gegenüber Art. 7 bezw. Art. 5 enthaltene Kompetenzerweiterung vorzubehalten.

§ 43. Die Anerkennung der im Konventionsgebiet erlassenen Scheidungs- und Trennungsurteile.

I. *Die Konvention statuiert in Art. 7 die Anerkennung der konventionskonform erlassenen Scheidungs- und Trennungsurteile im ganzen Konventionsgebiet.*

1. Bei den eigentlichen Scheidungs- und Trennungsurteilen handelt es sich um konstitutive Akte der Gerichte bezüglich des Status der Parteien. Während beim gewöhnlichen Leistungsurteil die Verwirklichung des in der Leistung verkörperten materiellen Rechtes dem Urteil erst in der Exekution nachfolgt, wird hier das materielle Recht schon durch das Urteil selbst verwirklicht. Daher bedarf es auch hier regelmässig einer *Exekution* im gewöhnlichen Sinne nicht (vgl. Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 445), sondern es handelt sich um die *Anerkennung* des durch das ausländische Urteil *geschaffenen* Rechtszustandes auch für das Inland.

2. Die Konvention statuiert nun in Art. 7 diese Anerkennung der konventionskonform erlassenen Scheidungs- und Trennungsurteile im ganzen Konventionsgebiet. Allerdings wird nur die Anerkennung derjenigen Urteile garantiert, durch welche die Scheidung bezw. die Trennung *ausgesprochen* wird. Urteile hingegen, welche die Scheidungs- oder Trennungsklage *abweisen*, fallen nicht unter Art. 7. Ob sie anzuerkennen und ob sie speziell geeignet sind, gegenüber einer neuen Klage an einem anderen Forum eines Konventionsstaates die exceptio rei judicatae zu begründen, ist nach dem Prozessrechte des Ortes zu beurteilen, wo die neue Klage anhängig gemacht wird. Hierbei ist es gleichgültig, ob das abweisende Urteil vom Ge-

richt am Domizil der Ehegatten ausgesprochen wurde und nachher in ihrem Heimatstaat neu geklagt wird, oder umgekehrt. Es kann also prinzipiell von Konventions wegen auch einem abweisenden Urteil der *heimatlichen* Gerichte der Ehegatten keine internationale Rechtskraft zugesprochen werden. Vgl. Kahn a. a. O., S. 141; Zitelmann, Internationales Privatrecht II, S. 268 ff.; Leske und Löwenfeld, S. 994, N. 2; Meili, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag, S. 51.

II. *Die Anerkennung ist nach Art. 7 an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, deren Vorhandensein von derjenigen Instanz zu prüfen ist, welche aus der Anerkennung Rechtsfolgen zu ziehen berufen ist.*

Diese Voraussetzungen sind folgende:

1. es müssen die örtlichen und persönlichen Requisite für die Anwendbarkeit der Konvention gemäss Art. 9 vorhanden, d. h. es muss die Klage in einem Vertragsstaate erhoben worden sein und mindestens eine der Parteien einem solchen angehören.

2. das Urteil muss von einer nach Art. 5 örtlich zuständigen Jurisdiktion erlassen worden sein.

3. es muss ferner von einer sachlich zuständigen Jurisdiktion herrühren. Regelmässig werden die Scheidungs- und Trennungsurteile von den ordentlichen Gerichten ausgesprochen, ausnahmsweise von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, z. B. in Schweden, wie früher erwähnt, vom König. Liegt ein solches durch eine Verwaltungsbehörde erlassenes Urteil vor, so besteht nur unter der Voraussetzung von Konventions wegen die *Pflicht* zur Anerkennung, dass das Gesetz eines *jeden* der Ehegatten eine solche Scheidung oder Trennung anerkennt (Art. 7 Abs. 2). Die Scheidung von Schweden durch den König ist also von Konventions wegen anzuerkennen, nicht aber z. B. eine solche von in Schweden domizilierten Deutschen. Dies wurde speziell auf den Wunsch der deutschen und belgischen Delegierten bestimmt, während die französischen Delegierten für die Anerkennung der von *jeder* nach ihrer lex fori sachlich zuständigen Jurisdiktion erlassenen Urteile waren (Actes 1900, S. 213; Renault, Conventions, S. 63).

4. es muss, wenn es sich um ein Scheidungsurteil handelt, sowohl die lex patriæ als auch die lex fori das Institut der Scheidung

kennen (Art. 2). Handelt es sich um ein Trennungsurteil, so muss diesen beiden Rechten das Institut der Trennung bekannt sein.

5. bezüglich der Scheidungs- und Trennungsgründe müssen die Vorschriften des Art. 2 bezw. 3 beobachtet worden sein.

6. bezüglich der Frage der Staatsangehörigkeit müssen die Vorschriften der Art. 4 und 8 beobachtet worden sein.

7. endlich muss, wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, das Spezialrequisit betreffend Vorladung des Beklagten erfüllt sein (vgl. den folgenden § 45).

III. *Die nach Art. 7 erforderlichen Requisite der Anerkennung sind limitativ aufzufassen, und weitere dürfen nicht aufgestellt werden. Art. 7 der Konvention schafft innerhalb des Konventionsgebietes ausschliesslich und erschöpfend Recht und derogiert allen Spezialvorschriften des internen Rechtes betreffend Anerkennung fremder Urteile.*

1. Es ist namentlich zu betonen, dass nicht etwa das Gesetz des Ortes, wo die Anerkennung nachgesucht wird, über die Konvention hinausgehende Erfordernisse aufstellen darf. So verlangte das Zivilgericht von Basel-Stadt, dass das Urteil — in casu ein französisches Trennungsurteil — auch dem Gesetze des Landes, in dem es zur Vollstreckung gelangt, entsprechen müsse. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bezeichnete diese Auffassung als rechtsirrtümlich, die auf einer Verwechslung der Aufgabe des urteilenden Richters mit derjenigen des vollstreckenden, der lex fori mit dem Recht des Vollstreckungsortes beruhe. Nach Art. 2 der Scheidungskonvention kommt das letztere Recht gar nicht in Betracht, sondern neben dem Heimatrecht nur das Recht des Ortes, wo die Trennungsklage erhoben wurde (Schw. J.-Z., IV, S. 256/7; Revue XXVI, Nr. 42; Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht III, S. 134—138).

So darf speziell nicht etwa die Anerkennung mit Berufung auf die guten Sitten oder den Zweck eines internen Gesetzes (vgl. z. B. § 328, Ziff. 4 D. Z.-P.-O.) oder auf eine sonstige Formel des ordre public verweigert werden. Es müssen also namentlich auch Scheidungsurteile in Staaten anerkannt werden, die nur die Trennung, und Trennungsurteile in solchen, die nur die Scheidung kennen. Dies wurde ausdrücklich an der Konferenz ausgesprochen, unter Ablehnung eines Antrages des spanischen Delegierten, der diejenigen Staaten, welche die Ehescheidung nicht kennen, von der Pflicht zur Aner-

kennung der Scheidung solcher Ehen entbinden wollte, welche auf ihrem Gebiete, sei es von Inländern oder Ausländern, abgeschlossen wurden (Actes 1900, S. 213). Allerdings wurde dabei ausdrücklich auf die Fakultät für diese Staaten hingewiesen, auf Grund von Art. 2 al. 3 der Eheschliessungskonvention die Hauptfolge der Anerkennung des ausländischen Scheidungsurteiles, die Möglichkeit einer neuen Ehe, zu vereiteln.

2. Es kann ferner z. B. auch die Bestimmung des französischen Rechts betreffend Eintragung der Scheidungsurteile ins Standesregister von Konventions wegen keine Geltung beanspruchen. Das Scheidungsurteil ist in das Standesregister einzutragen, und zwar, sofern die Ehe in Frankreich geschlossen war, in das Register des Eheschliessungsortes, andernfalls in das Register des letzten Wohnsitzes der Ehegatten (Art. 251 Code civ.). Die Eintragung in das Register ist von dem Gatten, der die Scheidung erwirkt hat, binnen zwei Monaten von der Rechtskraft des Urteils an, zu veranlassen; lässt er die Hälfte der Frist unbenützt verstreichen, so kann auch der andere Ehegatte die Eintragung nachsuchen. Mit der Eintragung gilt die Ehe als gelöst. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird die Scheidung als nicht erfolgt angesehen (Art. 252 Code civ.).

Dieses Erfordernis der Eintragung und die letzterwähnte Folge seiner Nichtbeobachtung fallen im Konventionsgebiet fort.

IV. *Die Konvention stellt nur die formellen und materiellen Voraussetzungen auf, unter denen die Anerkennung der Urteile erfolgen muss. In welchen Formen und durch welche Behörden sie zu geschehen hat, bestimmt sich nach dem internen Recht des Staates, wo sie nachgesucht wird.*

1. Die klarste Situation läge dann vor, wenn durch einen einmaligen, für das Inland allgemein verbindlichen gerichtlichen Anerkennungsakt die Anerkennung des ausländischen Urteils direkt und unmittelbar ausgesprochen würde. Dies ist z. B. nach § 722 D. Z.-P.-O. möglich.

2. Was die Schweiz anbetrifft, so unterliegt die Frage dem kantonalen Recht; hier sind zwei Gruppen von Prozessgesetzgebungen zu unterscheiden.

a) Das Zivilprozessgesetz des Kantons Bern § 388 kennt z. B. eine abstrakte Vollstreckbarkeitserklärung im Sinne der deutschen Z.-P.-O. Sie kann auch für auswärtige, gemäss der

Haager Konvention erlassene Scheidungsurteile begehrt werden. Dies wurde vom Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern als der zuständigen Exequaturbehörde durch Entscheid vom 4. April 1908 i. S. Beer-Schäfer ausgesprochen; nur wurde in casu dem Exequaturgesuche nicht entsprochen, weil es sich um ein nach Art. 7 der Konvention von der Anerkennung ausgeschlossenes deutsches Versäumnisurteil handelte (Schw. J.-Z. IV, S. 343/4).

Eine derartige gerichtliche Vollstreckbarkeitserklärung ist allgemein verbindlich, speziell auch für die Zivilstandsbeamten. Diese werden das betreffende Urteil daher auch in die Zivilstandsregister eintragen müssen. Hierzu wird allerdings ein diesbezüglicher Antrag von Interessenten erforderlich sein; denn eine *offizielle* Mitteilung der Ehescheidungen an die Zivilstandsämter erfolgt gemäss Art. 57 Z. E.-G. nur seitens der Gerichte, welche dieselben *ausgesprochen* haben

b) Der Kanton Zürich hingegen kennt keine abstrakte und allgemeine Vollstreckbarkeitserklärung. Dies wurde in einem praktischen Fall ausgesprochen, dem folgender Tatbestand zugrunde lag:

Durch Urteil vom 6. Dezember 1905 hatte das Landgericht Tübingen die Ehe eines Bürgers der Stadt Zürich geschieden. Als der Kläger im Jahre 1906 zur Wiederverheiratung schreiten wollte, ersuchte er die zürcherischen Behörden um Eintragung der Scheidung vom 6. Dezember 1905 ins Zivilstandsregister der Stadt Zürich. Das Zivilstandsamt weigerte sich aber, die Eintragung vorzunehmen, bevor eine „Vollstreckbarkeitserklärung des zuständigen schweizerischen Gerichtes" erfolgt sei; es verwies hiebei auf Bundesblatt 1904 V. Bd., S. 883 (Art. 1), 885 und 886 und auf Bundesblatt 1906 I. Bd., S. 427, Nr. 21. — Die Akten wurden hierauf vom Bezirksgerichte Zürich dem zürcher. Obergericht behufs weiterer Anordnung übermittelt. Dieses beschloss am 26. Januar 1907, es sei auf das Gesuch des Petenten nicht einzutreten, jedoch angesichts der Weisung des Bundesrates (Bundesblatt 1906 I, S. 427 Nr. 21) dem Regierungsrat von der Sachlage Kenntnis zu geben. Die Begründung des Beschlusses lautet:

„Die Weigerung des Zivilstandsamtes Zürich, das Ehescheidungsurteil des Landgerichtes zu Tübingen vorzumerken, beruht auf einer

Stelle des bundesrätlichen Rechenschaftsberichtes für das Jahr 1906, die sagt, für die Eintragbarkeit eines von deutschen Gerichten erlassenen Scheidungsurteils über Ehen schweizerischer Eheleute müsse in jedem Falle ein Exequaturerkenntnis der zuständigen kantonalen Gerichtsbehörden vorliegen, weil zwischen der Schweiz und Deutschland kein Vertrag über gegenseitigen Vollzug von Zivilurteilen bestehe (Bundesblatt 1906 I, S. 427). — Nun kennt aber das zürcherische Prozessgesetz ein Vollstreckungsverfahren für ausländische Urteile, wie ein solches Verfahren z. B. in der deutschen Zivilprozessordnung (§ 722) vorgesehen ist, nicht. Es stellt lediglich den Satz auf, dass der Richter Urteile aus Staaten, mit denen keine Staatsverträge bestehen, Vollziehung gewähren könne, und zwar in den Formen, welche im allgemeinen für die Vollstreckung von Urteilen gelten (§§ 741 ff., speziell § 752 des Rechtspflegegesetzes), d. h. auf dem Betreibungswege oder im summarischen Verfahren. Beim vorliegenden Scheidungsurteil handelt es sich aber nicht um die *Vollstreckung* eines persönlichen Anspruches, dessen Erzwingung verlangt wird, vielmehr wird lediglich eine gerichtliche *Konstatierung* der *Anerkennung* des auswärtigen Urteils begehrt. *Eine solche Klage kennt das zürcherische Recht nicht.* Es könnte lediglich die eine Partei neuerdings im ordentlichen Verfahren die nämliche Rechtsfrage aufstellen wie vor dem auswärtigen Gerichte und das Begehren stellen, dass dessen Urteil bestätigt werde. — Es muss demnach dem Petenten überlassen werden, sich an das Zivilstandsamt und eventuell an dessen Aufsichtsbehörden zu wenden". Vgl. Schweiz. J.-Z. III (1907), S. 224, Z. R. VI Nr. 198 und Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung VII Nr. 25.

Der Petent wandte sich dann an das Zivilstandsamt und dessen Aufsichtsbehörden, und endlich entschied der Bundesrat, bezw. das eidgenössische Justizdepartement, dass ausländische Ehescheidungsurteile auf Weisung der Aufsichtsbehörden einzutragen seien. Die Antwort des eidg. Justizdepartements an die zürcherische Direktion des Innern ist abgedruckt Schweiz. J.-Z. III (1907), S. 271. So hatte übrigens schon das Bundesgericht in einem Entscheid vom 31. März 1897 in einem früheren Zürcher Fall, wo die zürcherische Justizdirektion die Anordnung der Eintragung eines deutschen Ehescheidungsurteils in das Zivilstandsregister der Heimatgemeinde verweigert hatte, sich dahin ausgesprochen: Die Frage, ob eine anbegehrte Ein-

tragung oder Vormerkung in den Zivilstandsregistern vorzunehmen sei, sei von den Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen zu entscheiden; gegen deren Verfügungen oder Entscheidungen stehe den Beteiligten der Rekurs an den Bundesrat offen (A. S. XXIII, S. 67).

3. Mangels einer abstrakten Anerkennungserklärung werden nur die einzelnen *Wirkungen* des ausländischen Urteils realisiert. Auch die Eintragung im Zivilstandsregister ist nur eine Wirkung der Anerkennung, nicht diese selbst. Jede Instanz, welche eine solche Wirkung zu konstatieren hat, ist in ihrer Würdigung selbständig. So kann es kommen, dass die Auffassung der Zivilstandsämter von denjenigen der Gerichte abweicht. Das Zivilstandsamt trägt z. B. selbständig oder auf Weisung der Aufsichtsbehörden ein auswärtiges Scheidungsurteil als rechtsgültig in das Zivilstandsregister ein, während andererseits das Gericht, etwa in dem anlässlich eines Versuches der Wiederverheiratung erhobenen Einspruchsprozess (Art. 35 Z. E.-G.) oder in einem neuen Ehescheidungsprozess die erfolgte Scheidung nicht als gültig anerkennt. So war ein über zürcherische Eheleute an ihrem Wohnsitze in Philadelphia ausgesprochenes Scheidungsurteil auf Anordnung der Direktion des Innern im Zivilstandsregister der Heimatgemeinde des Ehemanns eingetragen worden. Die Ehefrau, die kontumaziert worden war, leitete, in die Schweiz zurückgekehrt, gegen ihren Ehemann an dessen Heimatsort ihrerseits Scheidungsklage ein. Die vom Beklagten in erster Linie erhobene Einrede der abgeurteilten Sache wurde von der I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts durch Beschluss vom 9. September 1908 verworfen. In den Gründen heisst es (Z. R. VIII, Nr. 3):

> Der Beklagte nimmt in erster Linie den Standpunkt ein, die in Philadelphia ausgesprochene Scheidung müsse schon deshalb von den hiesigen Gerichten anerkannt werden, weil dieselbe auf Anordnung der Direktion des Innern im Zivilstandsregister der Gemeinde K. vorgemerkt worden ist. Demgegenüber ist zu sagen, dass — wie sich aus Art. 9 Z. E.-G. ergibt und bundesrechtlich stets anerkannt wurde — den zuständigen kantonalen Gerichten das Recht zustehen muss, über die materielle Richtigkeit von Einträgen in die Zivilstandsregister zu entscheiden, und zwar auch dann, wenn es sich nicht um die materielle Feststellung von Zivilstands-

verhältnissen, sondern um die Frage handelt, ob einem auswärts ergangenen Entscheid über solche hierorts die Anerkennung und Vollstreckung zu erteilen sei (vgl. hierüber B. E. XXIII, S. 68, Salis, Bundesrecht, 2. Aufl. IV, S. 1573 III und in Z. f. schweiz. R. VIII, S. 57 ff.). Wenn auch aus dieser Befugnis der kantonalen Gerichte gerade im letzterwähnten Fall unter Umständen praktische Unzukömmlichkeiten entspringen können — man denke an den Fall, wo ein auswärtiges Urteil von den Gerichten des einen Kantons anerkannt wird, während ihm die Anerkennung in einem anderen Kanton verweigert wird — so fehlt es eben doch an einer bundesrechtlichen Norm, wodurch für derartige Fälle eine einheitliche gerichtliche oder administrative Instanz geschaffen würde. So lange eine solche nicht besteht, sind die zuständigen kantonalen Behörden zum Entscheide hierüber nach Massgabe des kantonalen Rechtes (soweit dasselbe nicht durch bundesrechtliche Bestimmungen modifiziert wird) berufen.

V. *Was speziell die Trennungsurteile anbetrifft, so sind sie von Konventions wegen nur soweit anzuerkennen, als sie die Trennung statuieren. Nicht aber ist ohne weiteres auch die nach der lex patriae der Ehegatten oder nach der lex fori des Gerichtes, das das Trennungsurteil erlassen hat, bestehende Konversionsmöglichkeit anzuerkennen.*

1. In einigen Konventionsstaaten, welche die Trennung und Scheidung gleichzeitig kennen, besteht, wie bereits erwähnt, unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, auf Grund des Trennungsurteiles ohne weiteres die Scheidung zu verlangen. So kann z. B. in Frankreich nach dreijähriger, in den Niederlanden nach fünfjähriger, in der Schweiz nach zweijähriger Dauer der Trennung von jedem Ehegatten die Scheidung begehrt werden, in Belgien nach dreijähriger Trennung nur von dem ursprünglich beklagten Ehegatten und nur, wenn die Trennung nicht wegen Ehebruchs der Frau ausgesprochen wurde. Wenn nun von einem Gerichte eine Trennung ausgesprochen wird, so fragt es sich, ob die nach der lex patriae der Ehegatten oder nach der lex fori des erkennenden Gerichtes bestehende Möglichkeit der Umwandlung oder Konversion in Scheidung ohne weiteres auch von einem dritten Konventionsstaate anzuerkennen sei.

2. Die Frage ist zu verneinen. Die Konvention statuiert in Art. 7 nur die Anerkennung des Trennungsurteils als solchen, nicht aber der mit ihm nach lex patriae oder lex fori verbundenen materiellrechtlichen Konsequenzen. Ob die Konversion gewährt werden soll, ist eine Frage des internen internationalen Privatrechts, ein konventionsmässiger Anspruch hierauf besteht selbst dann nicht, wenn die Voraussetzungen desjenigen Rechtes erfüllt sind, das an dem für die Scheidungsklage massgebenden Gerichtsort gilt. Auf Grund eines französischen Trennungsurteils kann also in den Niederlanden von Konventions wegen selbst dann nicht ohne weiteres Scheidung verlangt werden, wenn die Trennung die nach niederländischem Recht erforderliche Dauer von fünf Jahren gehabt hat.

VI. *Auch die Anwendung einer Bestimmung wie die des § 616 D. Z.-P.-O. auf deutsche Eheleute, die im Ausland ihre Ehescheidungsklage erneuern, beruht auf der konventionsmässigen Anerkennung des früher erlassenen Urteils.*

Vgl. hierüber § 38, III.

Anmerkungen.

1. Den Gesuchen um Übermittlung schweizerischer Scheidungsurteile an die englischen Behörden behufs Vormerkung in den dortigen Eheregistern entspricht die Schweiz nicht, weil feststeht, dass in England weder gesetzliche noch reglementarische Bestimmungen bestehen, welche den englischen Standesbeamten gestatten, ein von einem ausländischen Gericht ausgesprochenes Ehescheidungsurteil in ihren Registern vorzumerken, selbst wenn die Eheschliessung in England erfolgt ist (Rechenschaftsbericht des Zürch. Obergerichts 1900 S. 154).

Auch die Vormerkung eines schweizerischen Ehescheidungsurteils in den argentinischen Standesregistern kann nicht durch Rogatorium geschehen. Die Partei muss ein Urteil der zuständigen argentinischen Gerichte erwirken (B.-B. 1906, I, S. 427).

2. Als Gegenstück zur Frage der Eintragung deutscher Scheidungsurteile in den schweizerischen Zivilstandsregistern ist in der Schweiz. J.-Z. III (1907) S. 271 ein Fall mitgeteilt, wo es sich um die Eintragung eines schweizerischen Scheidungsurteils über Deutsche im deutschen Zivilstandsregister handelt. Ein st. gallisches Scheidungsurteil wurde auf diplomatischem Wege dem bayrischen Justizministerium übermittelt, um dessen Eintragung im bayrischen Standesregister zu veranlassen. Das Ministerium lehnte jedoch seine Vermittlung ab, indem es erklärte: Die Frage, ob auf Grund eines ausländischen Urteils, das eine vor einem deutschen Standesbeamten geschlossene Ehe scheidet, der Vermerk der Scheidung im deutschen Standesregister eingetragen werden dürfe, werde — beim Mangel einschlägiger reichsgesetzlicher Vorschriften — von den deutschen Gerichten verschieden beantwortet. Auch

darüber bestehe Uneinigkeit, ob hierzu eventuell ein deutsches Vollstreckungsurteil erforderlich sei, oder ob die nach § 328 Z.-P.-O. anzuerkennende Wirksamkeit des ausländischen Urteils genüge. Unter diesen Umständen sei das Ministerium, unbeschadet der Anerkennung der Wirksamkeit des betreffenden Urteils, nicht in der Lage, dem bayrischen Standesamt eine Weisung zur Eintragung dieses Urteils in das Standesregister zugehen zu lassen. Es müsse vielmehr den Beteiligten, wenn sie die Eintragung wünschen, überlassen bleiben, beim Standesamt selbst einen hierauf gerichteten Antrag zu stellen und, falls dieses kraft des ihm zunächst zustehenden Rechtes selbständiger Prüfung der Zulässigkeit der Eintragung diese ablehne, gemäss § 11, Abs. 3 des Personenstandsgesetzes das vorgesetzte Amtsgericht um Entscheidung anzugehen.

3. Die oben sub V aufgestellte Lösung bezüglich der Trennungsurteile ergibt sich auch aus der Analogie des internen Rechtes. Wird nach fruchtlos gebliebener Temporalscheidung die Klage auf gänzliche Scheidung gemäss Art. 47 Z. E.-G. erhoben, so liegt hierin nicht ein Begehren um Wiederaufnahme des früheren Verfahrens oder ein Gesuch um erneute Beurteilung der früheren Klage; es handelt sich um eine *neue* Klage, daran ändert die Tatsache nichts, dass die früheren Gründe, welche zur Temporalscheidung führten, mit neuen Gründen kombiniert werden dürfen. Für die neue Klage dauert der für den früheren Rechtsanspruch begründete Gerichtsstand nicht fort, sondern es gelten für dieselbe, wie für jede andere Scheidungsklage, die Gerichtsstandsnormen des Art. 43 Z. E.-G. (vgl. B.-G. A. S. IX, S. 460, X, 482). Vgl. oben § 33.

4. Scheidungsurteile zürcherischer Gerichte sind nur dann *deutschen* beziehungsweise *französischen* Behörden zur Eintragung in die Eheregister zu übermitteln, wenn feststeht, dass auch der Eheabschluss eingetragen wurde. Die Mitteilung der Urteile erfolgt durch das Obergericht auf diplomatischem Wege. Für Frankreich ist ein förmliches Ersuchschreiben (commission rogatoire) erforderlich, dem der Auszug aus dem Urteil mit der Bescheinigung der Rechtskraft des letzteren beizulegen ist; der Urteilsauszug soll womöglich, wie das Ersuchschreiben, französisch abgefasst sein. Vgl. Rechenschaftsbericht des Zürch. Obergerichts 1900, S. 154 1907, S. 149.

5. Über den Vollzug ausländischer Ehescheidungsurteile in Italien ist einem vom Schweizerischen Bundesrat mitgeteilten Bericht der Schweizerischen Gesandtschaft in Rom vom 28. Februar 1901 folgendes zu entnehmen: Nach der bisherigen Praxis wurden Ehescheidungsurteile, die von ausländischen Gerichten des Staates, in dem ursprünglich italienische Staatsangehörige sich naturalisierten, über solche erlassen worden waren, von den italienischen Gerichten als vollstreckbar erklärt, in der Annahme, dass für die Scheidung lediglich das Recht des Staates anwendbar sei, dem die Eheleute angehören, ohne Rücksicht auf das am Ort des Eheabschlusses geltende Recht. Mit Urteil vom 21. November 1900 hat aber der Kassationshof von Turin entschieden, das italienische Gesetz gestatte den dortigen Gerichten lediglich die Anhandnahme von Scheidungsklagen italienischer Staatsangehöriger, und die italienischen Behörden seien daher nicht berechtigt, Scheidungsurteile ausländischer Gerichte über Ehen, die in Italien geschlossen worden, zu vollstrecken und derartige Urteile in den Zivilstandsregistern eintragen zu lassen, und dies gelte umsomehr mit Bezug auf in Italien abgeschlossene Ehen italienischer Staatsangehöriger,

die sich dann, um im Auslande zur Ehescheidung zu gelangen, unter Verzicht auf die italienische Staatsangehörigkeit in einem ausländischen Staate haben einbürgern lassen. Vgl. Rechenschaftsbericht des zürch. Obergerichtes 1900, S. 155.

§ 44. Die Urteilsfolgen und das Urteilsdispositiv des Eheverbots im speziellen.

I. *Die gegenseitige konventionsmässige Anerkennung bezieht sich ausschliesslich auf die Ehescheidung oder Trennung als solche.*

1. Ein Scheidungs- oder Trennungsurteil kann, ausser dem Ausspruch der Scheidung bezw. Trennung, weiter auch die Folgen der Eheauflösung ordnen, so z. B.:

a) die Entschädigung wegen Auflösung der Ehe aus Verschulden eines Teiles;

b) die güterrechtliche Auseinandersetzung;

c) die Zuteilung der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder;

d) die Fixierung von Alimenten.

2. Bezüglich dieser Anordnungen besteht eine vertragsmässige Pflicht der Konventionsstaaten zur Anerkennung gemäss Art. 7 nicht. Es gilt hier das interne Recht. Es liesse sich vielleicht sagen, das Urteil bilde ein unteilbares Ganzes, und das Dispositiv dürfe nicht auseinandergerissen werden. Diese Argumentation ist aber international nicht haltbar gegenüber Art. 7, der nur die gegenseitige Anerkennung der Scheidung bezw. Trennung vorschreibt, nicht aber diejenige der Nebenfolgen. Dazu kommt, dass es sich bei den Nebenfolgen in der Regel nicht um eine blosse konstitutive Veränderung des Zivilstandes, sondern um Leistungen handelt; diese bedürfen aber der *Vollstreckung*, von der die Konvention nicht spricht, und es genügt hier nicht die blosse *Anerkennung*, von der in Art. 7 die Rede ist. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass die Scheidungskonvention irgendwelche Kollisionsnormen über das auf die Scheidungs*folgen* anwendbare örtliche Recht nicht enthält; sie spricht nur von den Scheidungsgründen.

3. Allerdings hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in einem Entscheid vom 17. Januar 1908 dem Trennungsurteil eines französischen Gerichtes auch bezüglich der Kinderzuteilung Vollstreckung gewährt (vgl. Schweiz. J.-Z. IV, S. 256/7). Dies mag

im konkreten Fall angebracht gewesen sein, soweit sich jedoch das Gericht durch Art. 7 der Konvention hierzu von Konventions wegen für verpflichtet hielt, geht seine Auffassung fehl.

II. *Von besonderer praktischer Bedeutung unter den Nebenfolgen des Ehescheidungsurteils ist das sog. Eheverbot des schweizerischen Rechtes. Auch seine Anerkennung ist durch die Konvention nicht vorgeschrieben und nicht garantiert.*

1. Nach Art. 48 des schweizerischen Z. E.-G. darf bei gänzlicher Scheidung wegen eines bestimmten Grundes der schuldige Ehegatte vor Ablauf eines Jahres nach der Scheidung keine neue Ehe eingehen. Diese Frist kann durch das richterliche Urteil selbst bis auf drei Jahre erstreckt werden. Ebenso bestimmt Art. 150 Z.-G.-B.:

> Wird die Ehe geschieden, so ist im Urteil dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruches auf ein bis drei Jahre zu untersagen.

2. Diese Nebenfolge der Ehescheidung trägt, im Unterschied zu den anderen, einen pönalen und öffentlich-rechtlichen Charakter. Auch ihre Anerkennung wird durch Art. 7 der Konvention nicht zugesichert. Dies ist speziell der Standpunkt der deutschen Gerichte gegenüber dem auf das Eheverbot lautenden Dispositiv schweizerischer Scheidungsurteile, dessen Eintragung in das Heiratsregister sie verweigern. Es ist z. B. zu verweisen auf:

a) eine Zuschrift des Grossherzoglichen Amtsgerichts Mannheim in Sachen der deutschen Eheleute Beck an das Bezirksgericht Zürich vom 16. Juni 1906 (Schweiz. J.-Z. 1906, S. 108). Es heisst dort: Wir unterstellen, dass durch Ziffer 2 des Urteils dem Beklagten die Wiederverehelichung während zweier Jahre generell untersagt, also nicht bloss die Eingehung der Ehe mit der Mitschuldigen verboten wird. Eine Bestimmung der ersteren Art kennt nun aber das D. B. G.-B. nicht, sondern nur das in § 1312 statuierte (und zwar dauernde) Verbot einer Eheschliessung „zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat". Die Richtigkeit unserer obigen Auffassung bezüglich Ziff. 2 des Ehescheidungsurteils vorausgesetzt, müssen wir die Ein-

tragung dieses Teils ablehnen, wobei wir argumento e contrario auf Art. 7 der Haager Konvention verweisen, der nur die gegenseitige Anerkennung der Scheidung und der Trennung von Tisch und Bett vorschreibt, nicht dagegen von Nebenstrafen.

b) den Verwaltungsbericht des Justizdepartements des Kantons Basel-Stadt über das Jahr 1907 (Schweiz. J.-Z. V (1900), S. 223/24). Hier handelt es sich um folgenden Fall: Das Bürgermeisteramt Lörrach erliess ein Eheaufgebot betreffend einen in Basel niedergelassenen badischen Bürger. Das Zivilstandsamt Basel erhob Einsprache mit Berufung auf die Tatsache, dass dem Bräutigam, der durch Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt geschieden war, ein einjähriges Eheverbot auferlegt worden und diese Wartefrist noch nicht abgelaufen sei. Die Aufsichtsbehörde des Bürgermeisteramts Lörrach, das dortige grossherzoglich badische Amtsgericht, wies aber das Standesamt an, die Trauung vorzunehmen, und diese erfolgte vor Ablauf der durch das Basler Urteil angeordneten Wartefrist. Die deutsche Aufsichtsbehörde stellte sich auf den Standpunkt, das Recht zur Eingehung einer neuen Ehe bestimme sich ausschliesslich nach deutschen Gesetzen (Art. 13 E.-G. zum B. G.-B.). Nach deutschem Recht bestehe aber grundsätzlich Eheschliessungsfreiheit; die Ehehindernisse seien in den §§ 1303—1322 B. G.-B. erschöpfend aufgeführt. Hiernach komme bei einem Manne eine frühere Ehe als Ehehindernis nur dann in Betracht, wenn sie noch zu Recht besteht (§ 1309) oder wenn im Scheidungsurteil der Ehebruch mit einer bestimmten Person festgestellt ist (§ 1312). Eine Wartefrist bestehe nur für Frauen (§ 1313); dagegen sei die Festsetzung einer solchen Frist für den schuldigen Ehegatten dem deutschen Recht nicht bekannt. Art. 7 des Haager Ehescheidungsabkommens stehe der Nichtanerkennung der im Scheidungsurteil des baselstädtischen Gerichts dem Manne auferlegten Wartefrist durch die deutschen Behörden nicht entgegen.

Dr. Wasmer (Sekretär des Justizdepartements des Kantons Basel-Stadt), der über diesen Fall referiert, billigt die Entscheidung des deutschen Gerichts, indem er ausführt (a. a. O.):

Gemäss Art. 1 des Haager Eheschliessungsabkommens bestimmt sich das Recht zur Eingehung der Ehe in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetze des Staates, dem er angehört (Gesetz des Heimatstaats); anderseits spricht Art. 7 der Ehescheidungskonvention die grundsätzliche Anerkennung der durch ein zuständiges Gericht erkannten Scheidung in allen Vertragsstaaten aus. Das Lörracher Gericht ist daher, wenigstens dem Wortlaut der zitierten Artikel nach, sowohl im Recht, wenn es in casu die Frage nach dem Vorhandensein von Ehehindernissen ausschliesslich nach deutschem Recht beurteilt, als wenn es die Anerkennung der vom Basler Gericht ausgesprochenen Wartefrist ablehnt. Denn mit den Worten: „die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett... sind anzuerkennen" usw., will offenbar weiter nichts gesagt sein, alsd ass die von einem zuständigen Gerichte rechtskräftig geschiedene Ehe in allen Vertragsstaaten als aufgelöst zu gelten habe, keineswegs aber, wie das badische Amtsgericht mit Recht ausführt, dass auch alle sonstigen Bestimmungen des Scheidungsurteils z. B. über die Wiederverheiratung, über die Kindererziehung oder über vermögensrechtliche Verhältnisse in allen Vertragsstaaten anerkannt werden müssen.

Es wird hier mit Recht darauf hingewiesen, dass die Tragweite des Art. 7 der Scheidungskonvention, speziell bezüglich des Eheverbotes, sich nach Art. 1 der Eheschliessungskonvention bestimmt, m. a. W., dass es nur zu beachten ist, wenn es nach der lex patriae des geschiedenen Ehegatten und jetzigen Nupturienten begründet ist. Über die Möglichkeit, es durch die Prohibitivfunktion des Rechtes des Eheschliessungsortes wirksam zu machen, vgl. oben § 22,$_4$.

3. Trotzdem also durch die Konvention die Anerkennung des schweizerischen Eheverbotes im Ausland nicht garantiert ist, ist es doch, sofern ein gesetzlicher Grund vorliegt, von den schweizerischen Gerichten im Ehescheidungsurteil zu erlassen. Auf eine Einfrage des Bezirksgerichts Zürich bezüglich deutscher Ehegatten hat sich das Gesamtobergericht Zürich durch Beschluss vom 6. September 1906 ausdrücklich in diesem Sinne ausgesprochen (Z. R. VI, Nr. 113). In einem späteren Entscheid vom 13. Juli 1907 hat die I. Appellations-

kammer des Obergerichts Zürich diese Ansicht bestätigt (Z. R. VI, Nr. 216). In den Erwägungen wird ausgeführt, es sei zwar richtig, dass die internationale Übereinkunft betreffend Ehescheidung darüber keinen direkten Aufschluss gebe, ob ein Eheverbot im Sinne des Art. 48 Z. E.-G. auch in den durch sie geregelten Fällen von den Gerichten, die über die Scheidungsklagen fremder Staatsangehöriger zu urteilen haben, ausgesprochen werden könne. Allein daraus dürfe nicht gefolgert werden, dass dies auf internationalem Gebiete habe ausgeschlossen werden wollen. Vielmehr stehe ja die Übereinkunft auf dem Standpunkte, dass neben dem Gesetze des Heimatstaates auch dasjenige des Ortes, wo geklagt wird, zur Anwendung gelangen solle, sofern nicht das Recht des letzteren selbst dasjenige des Heimatstaates als allein massgebend erklärt (Art. 3), was nach schweizerischem Gesetz nicht der Fall sei (vgl. Z. R. V, Nr. 185). Hieraus folge, dass das Gesetz des Staates, von dessen Gerichten die Scheidung ausgesprochen wird, auch mit Bezug auf die Folgen der Scheidung speziell da, wo sie, wie beim Eheverbot, öffentlich-rechtlichen (pönalen) Charakter haben, in Anwendung kommen müsse, wie dies übrigens auch seit Inkrafttreten der internationalen Übereinkunft in der Praxis wenigstens der zürcherischen Gerichte geschehen sei (vgl. Z. R. VI, Nr. 113).

Das Gericht beruft sich dann ferner auf Art. 2 Abs. 3 der Konvention betr. Eheschliessung, wo bestimmt ist, dass kein Vertragsstaat verpflichtet sei, auf seinem Gebiete (abgesehen von der Eheschliessung vor einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter eines anderen Staates gemäss Art. 6 das.) eine Ehe schliessen zu lassen, die mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe (oder auf ein Hindernis religiöser Natur) gegen seine Gesetze verstossen würde. Damit sei die Zulässigkeit solcher zeitlich beschränkten Eheverbote, wie desjenigen des Art. 48 Z. E.-G., neben den in Abs. 1 von Art. 2 der Übereinkunft erwähnten absoluten Verboten, wenigstens mit Wirkung für den Staat, in dem die Scheidung erfolgt, anerkannt (vgl. v. Salis in Zeitschrift f. schweiz. Recht, N. F., Bd. 26, S. 4).

Diese Argumentation geht jedoch fehl; denn ein gemäss Art. 48 Z. E.-G. erlassenes Eheverbot ist kein mit Rücksicht auf „eine vormalige Ehe“ bestehendes Ehehindernis im Sinne der Eheschliessungskonvention (vgl. oben § 22, II, 4).

Anmerkung.

Von der Frage, ob ein schweizerisches Gericht gemäss seiner lex fori auch bei Scheidung von Ausländern ein Eheverbot erlassen darf und soll, ist die andere zu unterscheiden, ob ein ausländisches Gericht bei der Scheidung von Schweizern dies tun darf oder muss. Die Frage ist zu verneinen, denn eine konventionsmässige Pflicht zur Anwendung der lex patriæ besteht nur bezüglich der eigentlichen Scheidungs- und Trennungsgründe, nicht aber bezüglich anderer Punkte des Ehescheidungsrechtes.

§ 45. Die Anerkennung von Versäumnisurteilen.

I. *Handelt es sich um ein Versäumnisurteil, so tritt zu den übrigen Voraussetzungen der Anerkennung noch die weitere hinzu, dass die Ladung des Beklagten entsprechend den besonderen Vorschriften erfolgt sein muss, die das Gesetz seines Heimatstaates für die Anerkennung ausländischer Urteile erfordert* (Art. 7, Abs. 1, Satz 2).

1. Versäumnisurteile sind nach der Konvention nicht schlechthin von der Anerkennung ausgeschlossen, sondern es ist diese nur an eine besondere Voraussetzung geknüpft. Die Ladung des Beklagten muss entsprechend den besonderen Vorschriften erfolgt sein, die das Gesetz des Heimatstaates für die Anerkennung ausländischer Urteile aufstellt. Es genügt also nicht etwa die Beobachtung der Vorschriften, die das Gesetz des Heimatstaates für die Ladung des Beklagten bei Versäumnisurteilen aufstellt, die seine eigenen internen Gerichte erlassen. Liegt ein Versäumnisurteil vor, so ist jeweilen in der Prozessgesetzgebung des nationalen Staates des Beklagten nachzusehen, welche Vorschriften sie bezüglich der Ladung als Voraussetzung der Anerkennung ausländischer Urteile enthält.

2. Es ist im einzelnen zu sagen:

a) das deutsche Recht, § 328 D. Z.-P.-O., bestimmt:

Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichtes ist ausgeschlossen:

1. . . . .
2. wenn der unterlegene Beklagte ein Deutscher ist und sich auf den Prozess nicht eingelassen hat, sofern die den Prozess einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozessgerichts in Person noch durch Gewährung deutscher Rechtshülfe zugestellt ist.

Diese Bestimmung wurde auch bei den Beratungen der Konferenz als Beispiel herangezogen (Actes 1900, S. 212).

b) Die Gesetze der anderen Konventionsstaaten enthalten in dieser Beziehung keine speziellen Bestimmungen; vgl. Kreisschreiben des Bundesrates vom 5. März 1907 und die dazu gehörige Tabelle. So macht z. B. Italien keinen Unterschied zwischen Italienern und Ausländern, wie es die D. Z.-P.-O. tut. Art. 941 des Codice di procedura civile bestimmt:

> La forza esecutiva alla sentenza delle autorità giudiziarie straniere è data dalla corte d'appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, premesso un giudizio di delibazione in cui la corte esamina:
>
> 1. ....
> 2. se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti
> 3. se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci.

c) Was Frankreich anbetrifft, so steht man dort auf dem Standpunkt, es genüge bezüglich der Vorladungen auf alle Fälle die Beobachtung der am Gerichtsort geltenden Gesetze. Das Bezirksgericht Zürich, II. Abteilung hatte (in Sachen Eheleute Caillet, Urteil vom 29. August 1906) einen unbekannt abwesenden Franzosen, der von seiner Ehefrau auf Scheidung verklagt war, unter den üblichen Androhungen peremtorisch vorladen lassen, und zwar durch Ediktalzitation im Zürcher Amtsblatt und in einer Zeitung von Grenoble, dem Geburtsort des Beklagten. Das Gericht wandte sich nun an den Präsidenten des Appellhofes Grenoble mit der Anfrage, ob unter diesen Umständen mit Rücksicht auf Art. 7 der Konvention auf eine Anerkennung des zu erlassenden Urteils in Frankreich zu rechnen sei. Der Präsident antwortete am 23. Juni 1906 (vgl. Schweiz. J.-Z., III, S. 224):

> Un mari français est actionné en divorce devant un tribunal étranger; il est actuellement sans résidence connue dans le pays où la demande doit être jugée et vous recherchez quelles formalités doivent être remplies pour que le jugement à intervenir ait force en France.

Je crois que la réponse est dans l'article 17 du traité du 15 juin 1869 qui porte que si la décision est rendue par une autorité *compétente* elle sera de plein droit exécutoire sans *exéquatur* des tribunaux Français, et ne pourra être revisé au fond en France.

Il suffit donc d'après ce texte que la décision ait été rendue par une autorité *compétente*.

Au point de vue des formalités à remplir, il n'a été, à ma connaissance, rien édicté de spécial pour le cas qui vous occupe, et ce sont les règles du droit commun qui restent applicables.

Je trouve, en effet, énoncé dans nos ouvrages le principe que les Français qui demandent le divorce à l'étranger *n'ont à observer que les règles de procédure en usage dans le lieu où ils ont formé leur demande.*

(Supplément au Répertoire de Dalloz, v° divorce, Nr. 150)

Et c'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Lyon du 23 février 1887.

Je ne vois pas d'ailleurs où et quels actes pourraient être faits en France, puisque Caillet est domicilié en Suisse et que c'est là qu'il a eu sa dernière résidence connue.

Dans ces conditions j'estime que les exploits signifiés dans les formes usitées en Suisse sont valables, et que c'est la procédure de la loi Suisse qui doit seule être suivie.

Der in dieser Angelegenheit gleichfalls angefragte Präsident der Cour de cassation in Paris lehnte eine Beantwortung der gestellten Frage ab, da der Gerichtshof sich nicht ausserhalb eines Prozesses über Rechtskontroversen aussprechen dürfe.

3. Die in Artikel 7 der Konvention aufgestellte Einschränkung der Anerkennung von Versäumnisurteilen ist strikt zu interpretieren. So ist speziell darauf zu verweisen, dass nur die *Ladung* (citation), und zwar die *erste*, den Prozess einleitende Ladung des Beklagten den Vorschriften seines Heimatrechtes entsprechen muss. Dann ist die nötige Garantie dafür, dass der Beklagte im Prozess seine Rechte gehörig verteidigen kann, gegeben. Die Anerkennung darf also nicht etwa verweigert werden, weil *spätere* Ladungen oder Zustellungen an

den Beklagten, speziell auch die Zustellung des Urteils, den Vorschriften seines Heimatrechtes nicht entsprechen.

4. Was die „Ladung“ ist und ob und in welchem Moment sie als vollzogen gilt, richtet sich nach der lex fori. Immerhin wird man die Ladung vor das eigentliche Prozessgericht verlangen müssen, die Ladung vor die im Scheidungsprozess häufig auftretende Sühninstanz, speziell vor den Friedensrichter, wird nicht genügen.

II. *Die Konvention gibt keine Definition des Versäumnisurteils (jugement par défaut). Nun bestehen aber innerhalb des Konventionsgebietes verschiedene Arten der Behandlung der Kontumaz im Ehescheidungsprozess.*

1. Das französische System. Das französische Spezialgesetz sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps vom 18. April 1886, das die Artikel 234—252 und 307 C. c. modifiziert, ändert an den allgemeinen Vorschriften des Code de procédure civile betreffend die Kontumaz nichts. Es gelten daher dessen Art. 149 und 150; diese bestimmen:

> Art. 149. Si le défendeur ne constitue pas avoué, ou si l'avoué constitué ne se présente pas au jour indiqué pour l'audience, il sera donné défaut.
>
> Art. 150. Le défaut sera prononcé à l'audience sur l'appel de la cause et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées......

Das französische Recht lässt also im Scheidungsprozess ein jugement par défaut gegen den Beklagten zu. Über die zu beobachtenden speziellen Formvorschriften, sowie über das gegen das jugement par défaut zu ergreifende Rechtsmittel der opposition (Einspruch) bestimmt Artikel 247 des oben erwähnten Spezialgesetzes:

> Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet.
>
> Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. Si cette signification n'a

pas été faite à personne, le président ordonne sur simple requête la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité.

2. Das deutsche System. § 331 D. Z.-P.-O. bestimmt:

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

Für das Verfahren in Ehesachen wird jedoch eine Ausnahme statuiert. § 618 Abs. 5 Z.-P.-O. bestimmt:

Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist unzulässig.

Trotzdem kennt das deutsche Recht auch Scheidungsurteile gegen unbekannt Abwesende, die sich auf den Prozess nicht einlassen. Der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung im eigentlichen Sinne (§ 1567 Ziff. 2 B. G.-B.) besteht gerade darin, dass sich ein Ehegatte ein Jahr lang gegen den Willen des anderen in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat und die Voraussetzungen für die *öffentliche* Zustellung (§ 203 D. Z.-P.-O.) seit Jahresfrist gegen ihn bestanden haben. Hieraus folgt, dass nicht alle gegen Personen, welche sich auf den Prozess nicht einlassen, ergangenen Urteile Versäumnisurteile im technischen Sinne der D. Z.-P.-O. sind: der Begriff des *Kontumazial*urteiles fällt mit dem des *Versäumnis*urteils nicht zusammen, der erstere ist der weitere, der Gattungsbegriff, der letztere stellt nur eine einzelne Art oder Species dar.

3. Das Kontumazialurteil gegen einen Ehescheidungsbeklagten unterscheidet sich vom Versäumnisurteil dadurch, dass nicht gemäss § 331 Z.-P.-O. das tatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden betrachtet wird, sondern dass vielmehr hierfür das Beweisverfahren durchgeführt werden muss. Vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.-P.-O., II S. 230. Ferner ist gegen ein solches Kontumazial-

urteil nicht, wie gegen Versäumnisurteile, das Rechtsmittel des Einspruchs (§ 338 Z.-P.-O.), sondern die ordentliche Berufung zulässig.

4. Auf dem gleichen Standpunkt wie das deutsche Recht steht grundsätzlich auch eine Reihe schweizerischer Prozessgesetze; vgl. die Ausführungen bei Leske und Löwenfeld, S. 226/227. Es ist hier speziell auch auf den Kanton Zürich hinzuweisen. Gemäss § 328 R.-Pfl. soll hier, wenn die mündliche Verhandlung wegen ungerechtfertigten Ausbleibens einer Partei nicht stattfinden kann, in der Regel eine zweite peremtorische Vorladung erlassen werden, und zwar an den Beklagten mit der Androhung, dass sein abermaliges unentschuldigtes Ausbleiben als Anerkennung des tatsächlichen Klagegrundes und Verzicht auf Einreden ausgelegt werde. Jedoch bestimmt für den Ehescheidungsprozess die Spezialnorm des § 508 R.-Pfl.:

> Das Gericht ist bei Behandlung von Scheidungsklagen und Scheidungsbegehren und bei Beurteilung der Beweise nicht an die Eröffnungen und Zugeständnisse der Parteien gebunden. Es *soll* in der Regel die Ehegatten bei der Hauptverhandlung persönlich einvernehmen und sich *von Amts wegen* über die näheren Verhältnisse erkundigen.

Gilt dies schon für die *ausdrücklichen* Eröffnungen und Zugeständnisse, so natürlich erst recht für diejenigen, die infolge einer *versäumten* peremtorischen Vorladung präsumiert bezw. fingiert werden. Allerdings ist zuzugeben, dass die zürcherischen Gerichte in der Praxis der ihnen durch § 508 R.-Pfl. auferlegten Offizialprüfungspflicht im Falle der unbekannten Abwesenheit der Beklagten in der Regel nicht nachkommen, sondern einfach die Peremtorisierungsfolgen als gegeben annehmen.

5. Will man nun, unter Berücksichtigung der erwähnten Verschiedenheiten der Rechte einzelner Konventionsstaaten den *konventionsmässigen* Begriff des Versäumnisurteils bestimmen, so wird man sagen müssen: Es ist von dem französischen Originaltext „décision par défaut“ auszugehen, und dieser Ausdruck ist als technischer der französischen Rechtssprache aufzufassen (vgl. oben § 13). Hiernach ist das Versäumnisurteil im Sinne der Konvention dasjenige Kontumazialurteil, das ohne Beweisverfahren über die vom Kläger behaupteten Tatsachen lediglich auf Grund der Präsumtion bezw. Fiktion ihrer Richtigkeit erlassen wurde. Im Gegensatz hierzu stehen

die nach deutschem Recht gegen den Ehescheidungsbeklagten erlassenen Kontumazialurteile, bei denen die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen bewiesen werden müssen und für die ausdrücklich in der D. Z.-P.-O. die Bezeichnung „Versäumnisurteil“ abgelehnt wird. Die deutschen Delegierten an der Haager Konferenz hätten sich, besonders im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Erwähnung des § 328, Ziff. 2 D. Z.-P.-O., gewiss geäussert, wenn die Ansicht bestanden hätte, dass auch die deutsch-rechtlichen Kontumazialurteile als Versäumnisurteile im Sinne der Konvention gelten sollen.

6. Diese Auslegung wird noch durch ein anderes Moment unterstützt. Art. 5, Ziff. 2, Satz 3 sieht ausdrücklich im Falle der *böslichen Verlassung* die Zulässigkeit der Klage am letzten gemeinsamen Wohnsitz vor. Nun ist die bösliche Verlassung zwar nicht notwendig, aber doch in der überwiegenden Zahl der praktischen Fälle mit Kontumaz des Beklagten in dem vom verlassenen Kläger angehobenen Scheidungsprozess verbunden. Die Tendenz der Haager Konferenz ging dahin, speziell die Stellung der böslich verlassenen Ehefrau zu verbessern und ihr die Ehescheidung zu erleichtern. Dieser Tendenz würde zu sehr entgegengehandelt, wenn man den Begriff des Versäumnisurteils im Sinne des Art. 7 allzuweit fassen wollte.

7. Die Stellung, welche namentlich die zürcherischen Gerichte zu Art. 7 der Konvention speziell im Verhältnis zu deutschen Reichsangehörigen einnehmen, ist eine grundsätzlich andere. Es sei auf einige Fälle aus der Praxis verwiesen.

a) Eine Deutsche erhob gegen ihren Ehemann, dessen Aufenthaltsort unbekannt war, beim Bezirksgericht Andelfingen als dem Gericht des letzten gemeinsamen ehelichen Domizils Scheidungsklage. Das Gericht wies jedoch die Klage unter Berufung auf Art. 7 der Konvention in Verbindung mit § 328, Ziff. 2 D. Z.-P.-O. von der Hand. Gegen diesen Beschluss erhob die Klägerin Rekurs, indem sie den Standpunkt einnahm, dass Art. 7 der Konvention nur auf eigentliche Versäumnisurteile Anwendung finde, während der zürcherische Prozess solche Urteile überhaupt nicht kenne. Der Rekurs wurde jedoch abgewiesen, da die Konvention unter einem Versäumnisurteil ganz unzweifelhaft einfach ein Urteil verstehe, das ohne Klageeinlassung des Beklagten erlassen worden

sei. (Beschluss der Appellationskammer des Obergerichtes vom 28. Juli 1906, Z. R. VI, Nr. 30).

b) Einer Deutschen, die gegen ihren abwesenden Ehemann auf Ehescheidung klagte, wurde Frist angesetzt, um die Adresse des Beklagten beizubringen. Als sie dieser Auflage nicht nachkam, wurde ihre Klage von der Hand gewiesen. Die Klägerin rekurrierte und verlangte, dass gegen ihren Ehemann, nötigenfalls unter Beihülfe der deutschen Gerichte, eine Ediktalladung erlassen werde. Der Rekurs wurde von der I. Appellationskammer des Obergerichts durch Beschluss vom 2. Mai 1906 verworfen (Z. R. V, Nr. 191). Aus der Begründung sind folgende Erwägungen hervorzuheben:

„Der § 328 will den im Auslande wohnenden Deutschen dagegen schützen, dass einfach auf die Behauptung des Klägers, der Aufenthalt des Beklagten sei unbekannt, gegen diesen Deutschen ein Ediktalverfahren durchgeführt wird. Deshalb wird ein ausländisches Urteil gegen einen Deutschen nach § 328 nur anerkannt, wenn dem Beklagten durch das Prozessgericht oder durch die Rechtshülfe deutscher Gerichte die Ladung zugestellt werden konnte; damit ist deutlich gesagt, dass einem Urteile die Anerkennung versagt wird, wenn ein Deutscher einfach auf Grund einer Ediktalladung verurteilt wurde. (Vgl. Gaupp-Stein, p. 746, R.-G., Bd. XXVI, S. 130). Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass die deutsche Z.-P.-O. die Ediktalladung kenne und dass dem § 328 Genüge getan sei, wenn das Bezirksgericht Zürich durch Vermittlung der *deutschen* Gerichte — welches Gerichtes sagt übrigens die Klägerin nicht — eine Ediktalladung gegen den Beklagten erlasse; denn dieses Verfahren vor einem ausländischen Gerichte wird durch § 328 überhaupt ausgeschlossen. Mit Unrecht verweist die Klägerin darauf, dass Ziffer 2 des § 328 für die Zustellung der Ladung durch deutsche Rechtshülfe nicht die persönliche Zustellung verlange und daher die Ediktalladung zulässig sei. Wenn in der Tat § 328 Ziffer 2 für die Zustellung durch das ausländische Gericht die Zustellung an den Beklagten in Person verlangt, nicht aber für die Zu-

stellung durch die Rechtshülfe eines deutschen Gerichts, so ergibt sich daraus nicht der von der Klägerin gezogene Schluss, sondern damit wird nur gesagt, dass in Deutschland die Ersatzzustellung im Sinne der §§ 181—187 der Z.-P.-O. (Zustellung an Hausgenossen, Dienstboten, Vermieter des Beklagten etc.) möglich sei, während diese Ersatzzustellung im Auslande nicht genügt, sondern die Zustellung an den Beklagten persönlich verlangt wird, damit das ausländische Urteil in Deutschland anerkannt werde".

Das Obergericht fügt hinzu, dass diese Auffassung auch bestätigt wurde durch die Antwort auf eine an das Präsidium des Landgerichts Freiburg in der Sache gerichtete Anfrage.

Dasselbe erklärte, dass die Mitwirkung des deutschen Gerichtes bei einer durch das Bezirksgericht Zürich zu erlassenden Ediktalladung nicht stattfinden könnte; denn eine Vermittlung von Zustellungen im Wege der Rechtshülfe setze immer voraus, dass die Person, welcher zugestellt werden solle, sich im Sprengel der um die Zustellung ersuchten Behörde aufhalte, weil Zweck der nachgesuchten Zustellung eine Beurkundung der Übergabe der Urkunde an den Zustellungsempfänger sei, was aber bei der Ediktalladung unmöglich sei.

Im weiteren sprach sich die angefragte Behörde dahin aus, dass nach Auffassung der deutschen Gerichte der § 328, Ziffer 2 voraussetze, dass die Ladung dem Beklagten wirklich bekannt geworden sei, was aber bei der öffentlichen Zustellung, die ja lediglich die Fiktion des Empfanges darstelle, nicht der Fall sei. Ein im Auslande gegen einen Deutschen gefälltes Urteil könnte daher von den deutschen Gerichten nicht anerkannt werden, wenn der Beklagte nur edictaliter geladen worden wäre.

c) Das Bezirksgericht Zürich wies die Ehescheidungsklage einer Deutschen, nachdem die Ediktalzitation gegen ihren Ehemann erfolglos geblieben war, von der Hand, weil das zu erlassende Urteil ein Versäumnisurteil im Sinne des Art. 7 der Konvention wäre. Die Klägerin rekurrierte hiergegen, indem sie behauptete, ein solches Urteil liege nur vor, wenn der Richter ohne weitere Prüfung auf einseitigen Antrag der Klagepartei

entscheide; nach § 508 R.-Pfl. sei dies aber im zürcherischen Ehescheidungsprozess nicht der Fall. Der Rekurs wurde von der I. Appellationskammer des Obergerichts mit Beschluss vom 23. Juni 1909 abgewiesen (Z. R. IX, Nr. 14). Das Obergericht gibt zwar zu, dass § 508 R.-Pfl. das Offizialprinzip im Ehescheidungsprozess aufstelle und dass § 618 D. Z.-P.-O. ein gleiches Verfahren kenne; es fährt dann folgendermassen fort:

„Allein es trifft nicht zu, dass der Art. 7 der Konvention lediglich ein Versäumnisurteil im engern Sinne, gestützt auf die §§ 331 ff. der deutschen Z.-P.-O. im Auge habe. Vielmehr ist mit diesem Ausdruck jedes Urteil gemeint, bei dem sich der Beklagte nicht auf die Klage eingelassen hat (Z. R. VI, Nr. 30). Die Bezeichnung ist also in einem weiteren Sinne zu verstehen. Andernfalls würde die Vorschrift des Art. 7 der Konvention in denjenigen Ländern ohne Wirksamkeit bleiben, die ein Versäumnisurteil gemäss § 331 der deutschen Z.-P.-O. nicht kennen.

Wenn die Rekurrentin ausführt, die Protokolle der Haager Konvention bezüglich Art. 7 verweisen ausdrücklich auf § 328 der deutschen Z.-P.-O., so wird damit gerade bewiesen, dass unter „Versäumnisurteil" das ohne Einlassung des Beklagten ergangene Urteil im Sinne dieser Gesetzesbestimmung verstanden wurde. Und diese Ansicht wird durch die bereits erwähnte Tatsache bestärkt, dass die deutsche Z.-P.-O. ein Versäumnisurteil im engeren Sinne bei Ehescheidungsklagen nicht kennt, also die Verweisung der Konvention auf das deutsche Recht keinen Sinn hätte, wenn sie sich auf die §§ 331 ff. beziehen würde".

Diese Argumentation des Obergerichts Zürich ist unzutreffend. Wenn es ausführt, dass Art. 7 schon deshalb *alle* Kontumazialurteile umfassen müsse, weil es sonst in denjenigen Ländern ohne Wirksamkeit bleiben würde, die ein Versäumnisurteil gemäss § 331 D. Z.-P.-O. nicht kennen, so ist dies zwar an sich richtig; dies hängt aber, wie auf vielen anderen Gebieten, so auch hier mit der Verschiedenheit der Rechtsinstitutionen in den einzelnen Staaten zusammen,

welche die Konvention als gegeben hinnehmen muss. Es muss nicht *jede* Vorschrift der Konvention in *allen* Konventionsstaaten anwendbar sein. Ferner kann aus der Erwähnung des § 328 D. Z.-P.-O. in den Protokollen der Haager Konferenz nicht der vom Obergericht hergeleitete Schluss gezogen werden. Diese Erwähnung soll lediglich ein Beispiel dafür geben, welche Requisite unter Umständen das nationale Recht für die Ladung aufstellt, um auswärtige Kontumazialurteile anzuerkennen, keineswegs aber soll damit der konventionsmässige Begriff des Versäumnisurteils definiert bezw. auf den deutsch-rechtlichen Typus erweitert werden.

Anmerkungen.

1. Anlässlich der Frage der Anerkennung eines amerikanischen Ehescheidungsurteiles wurde vom zürcherischen Obergericht erklärt: Da es sich um ein Versäumnisurteil handelt, wird man hier wohl die gleichen Erfordernisse aufstellen dürfen, wie sie die Haager Ehescheidungskonvention, die hier allerdings keine direkte Anwendung findet, in Art. 7, Abs. 1 für die Vertragsstaaten enthält. Vgl. Z. R. VIII, Nr. 3.

2. Über die Anerkennung von Kontumazialscheidungsurteilen in Italien finden sich einige Bemerkungen in der Rivista di diritto internazionale II, S. 502, 503, 505.

§ 46. Die Einwirkung der Konvention auf das interne schweizerische Ehescheidungsrecht.

I. *Die Konvention derogiert für ihr sachliches und persönliches Geltungsgebiet dem Art. 56 Z. E.-G.*

1. Die Konvention derogiert nach dem Satz: lex posterior derogat priori, allen früheren, die gleiche Materie beschlagenden Bundesgesetzen. Dies gilt speziell für Art. 56 Z. E.-G.

Allerdings bezieht sich die Konvention nur auf die Ehescheidungs- bezw. Ehetrennungsklage, nicht aber auf die Ehenichtigkeitsklage, die in Art. 56 gleichfalls erwähnt ist. Soweit es sich um eine solche handelt, bleibt Art. 56 in Kraft. Immerhin ist hier zu bemerken, dass in dieser Frage durch die Ehe*schliessungs*konvention ein gewisser Fortschritt erzielt ist. Durch die Berufung auf deren Bestimmungen wird regelmässig der Nachweis der in Art. 56 Z. E.-G. geforderten Anerkennung des Ehenichtigkeitsurteils erbracht werden können.

2. Art. 56 fand bisher keine Anwendung, wenn nur ein Ehegatte Ausländer, der andere aber Schweizer war (vgl. oben § 33). In diesem

Fall galt schweizerischer Gerichtsstand und schweizerisches Recht. Gehört jedoch derjenige Ehegatte, der Ausländer ist, einem Konventionsstaate an, so gilt nunmehr das Konventionsrecht; denn nach Art. 9 findet die Konvention nur dann — aber dann auch unbedingt — Anwendung, wenn mindestens eine der Parteien einem Konventionsstaat angehört.

3. Die Konvention bezieht sich, wie schon oben (§ 34) ausgeführt, nicht auf die Trennung von Tisch und Bett im Sinne von Art. 47 Z. E.-G. Hingegen wird sie auf diejenige Trennung von Tisch und Bett Anwendung finden, welche durch das Z.-G.-B. neu eingeführt wird. Art. 143 bestimmt:

> Die Klage geht entweder auf Scheidung der Ehe oder auf Trennung der Ehegatten.

Und bezüglich der internationalen Anwendung bestimmt Schl.-T. Art. 61, Ziffer 7 i:

> Klage und Urteil betreffend den Ausländer in der Schweiz oder den Schweizer im Auslande können auf Scheidung der Ehe oder Trennung der Ehegatten gehen, wie es das zur Anwendung kommende Recht gestattet.
>
> Die Trennung oder eine ihr nach ausländischem Recht entsprechende *Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft* steht unter dem gleichen Recht wie die Scheidung.

Hiermit ist für Schweizer in Deutschland auch die deutsch-rechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als zulässig erklärt.

II. *Bezüglich des auf die Scheidungsgründe anwendbaren Rechtes bringt die Konvention eine grundlegende Änderung gegenüber dem jetzigen Zustand.*

Bisher wurde auf Grund feststehender Judikatur des Bundesgerichtes angenommen, dass, soweit eine Scheidungsklage von Ausländern überhaupt zulässig sei, der schweizerische Richter ausschliesslich schweizerisches Recht anzuwenden habe (§ 33). Die Konvention verpflichtet hingegen den schweizerischen Richter auch zur kumulativen Anwendung des nach ihren Grundsätzen massgebenden fremden Heimatrechtes der Ehegatten.

Allerdings ist zu sagen, dass diese verschiedene Behandlung der Scheidungsklagen von Konventionsausländern und Nichtkonventions-

ausländern durch das Z.-G.-B. aufgehoben bezw. gemildert wird. Art. 61 des Schl.-T. Ziffer 7 h bestimmt:

> Ein ausländischer Ehegatte, der in der Schweiz wohnt, kann eine Scheidungsklage beim Richter seines Wohnsitzes anbringen, wenn er nachweist, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist.
>
> Ein Scheidungsgrund, der in einer Zeit eingetreten ist, da die Ehegatten unter einem anderen Rechte gestanden haben, kann nur dann geltend gemacht werden, wenn er auch nach dem früheren Rechte als Scheidungsgrund zugelassen ist.
>
> Sind diese Voraussetzungen gegeben, so erfolgt die Scheidung der ausländischen Ehegatten im übrigen nach schweizerischem Recht.

Es wird also hier ganz allgemein der von der Konvention sanktionierte Grundsatz der Kumulation von lex patriæ und lex fori aufgestellt. Ferner wird in Abs. 2 auch ganz allgemein das Prinzip des Ausschlusses der rückwirkenden Kraft eines Nationalitätswechsels aufgestellt, nach dem Vorbild von Art. 4 der Konvention und Art. 17, Abs. 2 E.-G. zum D. B. G.-B. (vgl. oben § 40). Bis zum Inkrafttreten des Z.-G.-B. ist allerdings dieses Prinzip nicht anzuwenden, denn es ist bisher dem schweizerischen Recht unbekannt. Das Bundesgericht hat dies ausdrücklich konstatiert (A. S. XXXIII, 2, S. 12). Es führt aus:

> Il (sc. le Tribunal fédéral) a repoussé l'exception opposée à l'application de la loi suisse et tirée du fait que la naturalisation aurait été demandée par la partie instante au divorce pour pouvoir obtenir un divorce interdit par la précédente loi nationale ...... Et jamais le Tribunal fédéral n'a relevé, pour refuser le divorce, que les faits s'étaient passés sous l'empire de la précédente loi nationale.

III. *Hinsichtlich der Folgen der Ehescheidung und des Eheverbotes ist auf die früheren Erörterungen zu verweisen.* Vgl. § 44.

Für ganz kurze Zeit bleibt noch Art. 49 Z. E.-G. in Kraft, wonach die Regelung der Folgen der Ehescheidung der Gesetzgebung

des Kantons vorbehalten ist, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist. Übrigens mag hier bemerkt werden, dass Art. 49 schon durch das B.-G. N. & A. implicite aufgehoben wurde, soweit es sich um das eheliche Güterrecht handelt: hier gilt Art. 19 B.-G. N. & A. (A. E. XXVII, 1. T., S. 316).

IV. *Über die Modifikation der in Art. 44 Z. E.-G. und der in Art. 145 Z.-G.-B. enthaltenen Vorschriften betreffend die vorsorglichen Massregeln durch die Konvention vgl. oben § 42.*

V. *Über die Stellung der Schweizer im Ausland nach dem Z.-G.-B. vgl. oben § 33 i. f.*

---

des Kantons vorbehalten ist, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist. Übrigens mag hier bemerkt werden, dass Art. 31 schon durch das B.-G. N. & A. implicite aufgehoben wurde, soweit es sich um das eheliche Güterrecht handelt; hier gilt Art. 19 B.-G. N. & A. (A. S. XXVII, 1. T., S. 316).

IV. *Über die Modifikation des in Art. 14 Z. E.-G. auf der in Art. 144 Z.-G.-B. enthaltenen Vorschriften betreffend die [illegible] Ausgabe durch die Konvention vgl. oben § 42.*

V. *Über die Stellung der Schweizer im Ausland nach dem Z.-G.-B. vgl. oben § 33 [illegible].*

C. Die Konvention betreffend die Vormundschaft über Minderjährige.

Vorbemerkung.

Die Verhandlungen über die Vormundschaftskonvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien:

Vorentwurf; Programmentwurf	Actes 1893, p. 7, 11.
	„ 1894, p. 3, 19.
Documents 1900, p. 50—65, 103, 104, 107, 116, 132, 140, 146, 156, 158, 171, 172, 177, 181.	
	Actes 1900, p. 42, 48, 55,56.
Bestellung der Kommission	„ 1894, p. 16, 17.
	„ 1900, p. 90.
Generaldiskussion	„ 1900, p. 89.
Bericht der Kommission	„ 1894, p. 111—114.
	„ 1900, p. 103—105.
Anträge der Kommission	„ 1894, p. 114—115.
	„ 1900, p. 105.
Diskussion in erster Lesung.	„ 1894, p. 92—94.
	„ 1900, p. 91—101.
Anträge der Redaktionskommission . .	„ 1894, p. 121, 122.
	„ 1900, p. 145.
Zweite Lesung; weitere Diskussion . .	„ 1894, p. 122.
	„ 1900, p. 135—138.
Bestimmungen des Schlussprotokolls. .	„ 1894, p. Pr. F. 3, 4.
	„ 1900, p. 242—244.

§ 47. Der örtliche, sachliche und persönliche Anwendungsbereich der Konvention.

I. *Diese Konvention gilt in den gleichen Staaten wie die Eherechtskonventionen, und ausserdem noch in Spanien.*

Betreffend die Daten der Hinterlegung der Ratifikationen vgl. oben § 11 u. 16 und O. S. N. F. XXI, S. 397, XXIII, S. 74.

Auch diese Konvention findet nur auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten Anwendung.

II. *Die Anwendbarkeit der Konvention hat regelmässig zwei persönliche Voraussetzungen.*

1. Der Minderjährige, um dessen Vormundschaft es sich handelt, muss Angehöriger eines der Vertragsstaaten sein. Die Konvention ist also nicht anwendbar:

a) wenn er Angehöriger keines der Vertragsstaaten ist.

b) wenn er Angehöriger mehrerer Vertragsstaaten ist.

Vgl. hierüber Botschaft des B.-R. (R.-B. 1904 V, S. 869):

> Bei Doppelbürgerrechten, also wenn z. B. eine Person Franzose und Schweizerbürger ist, sind die französischen und schweizerischen Behörden von den Bestimmungen der Konvention unabhängig.

2. Der Minderjährige muss ferner seinen „gewöhnlichen Aufenthalt" (résidence habituelle) im Gebiete eines Konventionsstaates haben. Der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthaltes" ist rein faktischer Natur, er deckt sich nicht mit dem des „Wohnsitzes", sondern ist viel weiter. Auch die deutsche Denkschrift führt aus, dass für die Frage, wo der „gewöhnliche Aufenthalt" sei, es nicht in Betracht kommt, wo sich der „gesetzliche Wohnsitz" befindet. Da der „gesetzliche Wohnsitz" des Minderjährigen ein Rechtsbegriff ist, für den die verschiedenen Gesetze verschiedene Anknüpfungsbegriffe verwenden (vgl. unten § 57), so war es, um Konflikten auszuweichen, geboten, auf den faktischen „gewöhnlichen Aufenthalt" abzustellen. Vgl. auch unten § 57.

III. *Ausnahmsweise finden jedoch gewisse Bestimmungen der Konvention auf alle Angehörigen von Konventionsstaaten Anwendung, ohne Rücksicht auf ihren Aufenthalt in einem derselben.*

Es sind dies nach Art. 9, Abs. 2 folgende:

1. Art. 7 (provisorische Massnahmen) vgl. unten § 58.

2. Art. 8: die Pflicht, die Heimatsbehörden davon zu benachrichtigen, dass Anlass vorliegt, für einen minderjährigen Angehörigen Vormundschaft anzuordnen. Die in Art. 8, Abs. 1 enthaltenen Worte „in dessen Gebiet er sich befindet" sind also, angesichts der Vorschrift von Art. 9, Abs. 2 unzutreffend und zu eng gefasst, bezw. überflüssig, es kommt *allein* auf die Zugehörigkeit zu einem Vertrags-

staat an. (Vgl. die unten bei den provisorischen Massnahmen angeführten Beispiele).

IV. *Diese Konvention findet vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an auf sämtliche in diesem Momente bestehenden Vormundschaften Anwendung. Dies hat zur Folge, dass Vormundschaften über Ausländer, für die nach dem nationalen Rechte ein Grund nicht besteht, aufgehoben werden müssen.*

1. Es wurde bereits oben § 11 auseinandergesetzt, dass eine Rückwirkung der Konventionen nicht eintrete. Hingegen sind nach dem Zeitpunkte ihres Inkrafttretens die nachher eintretenden Tatsachen nach ihnen zu beurteilen. Bei der Vormundschaft wird hiedurch äusserlich der Eindruck erweckt, als ob es sich um eine Rückwirkung handle, nämlich dann, wenn eine Vormundschaft, die nach dem bisherigen Domizilrecht begründet war, nach nationalem Recht nicht mehr begründet ist und daher aufgehoben werden muss. Dieser Eindruck wird eben dadurch hervorgerufen, dass es sich bei der Vormundschaft nicht um eine einfache Tatsache, sondern um einen permanenten Zustand handelt, der sich aus der Geltungsdauer eines Rechtes in diejenige eines andern hinüberzieht. Vgl. übrigens Schl.-T. Art. 1, Abs. 3 Z.-G.-B. oben § 11 Anm.

2. Die hier entwickelte Ansicht wurde auch vom Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 10. Juli 1909 vertreten (A. E. XXXV, 1. Teil, S. 473).

Es handelte sich darum, ob die Vormundschaft über holländische Kinder, die über dieselben im Kanton Genf nach dem Tode der Mutter angeordnet worden war, aufzuheben sei, weil nach holländischem Recht ein Vormundschaftsgrund nicht bestehe, sondern vielmehr die väterliche Gewalt des überlebenden Vaters weiter dauere. Das Bundesgericht führt dort aus:

> A partir de cette date (le 15 septembre 1905), les dispositions de cette Convention font règle pour la Suisse comme pour les autres Etats, et elles doivent primer, en cas de collision, les dispositions de la loi suisse sur les rapports civils; cela résulte du fait même que cette Convention internationale lie les Etats contractants, en vertu des principes universellement admis du droit des gens, et sans égard à leur législation nationale respective.

C'est en vain que le recourant cherche à tirer argument d'un prétendu effet rétroactif, que la Convention de la Haye, si elle était appliquée, aurait sur la tutelle Spengler. Il ne s'agit toutefois nullement d'un pareil effet rétroactif; la tutelle en question a été régie depuis son ouverture jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye, par la loi suisse, et tous les faits et actes juridiques y relatifs restent soumis, pour ce qui concerne cette période, et en ce qui a trait à leur validité et à leurs effets, à la loi suisse.

A partir du 15 septembre 1905 en revanche, la tutelle se trouve placée sous l'empire et sous le régime de la Convention de la Haye, et tous les faits, actes et opérations juridiques survenant à l'égard de cette tutelle doivent, depuis cette date, être conformes aux prescriptions de cette Convention, loi nouvelle devant être appliquée à ces faits juridiques nouveaux. C'est en particulier le cas en ce qui concerne la question de savoir si la tutelle, ouverte sous le régime de la loi genevoise, doit être maintenue ou supprimée sous l'empire de la Convention internationale. Il n'y a là aucune rétroaction, mais seulement l'effet exercé par cette loi nouvelle sur des faits juridiques survenus postérieurement à son entrée en vigueur. Ces principes, reconnus pour l'application des lois civiles en général, sont particulièrement valables en ce qui concerne les lois relatives à l'état civil des personnes (v. C. O. art. 881 et 882; C. c. suisse, Titre final art. 1); il est admis même dans les lois où la règle de la non-rétroactivité est expressément posée (art. 2 C. c. français et C. c. genevois) que les lois réglant l'état civil des personnes saisissent l'individu au moment même de leur entrée en vigueur, sans que, pour autant, elles déploient aucun effet rétroactif (v. Dalloz C. c. annoté, art. 2, Nr. 47) notamment en matière de tutelle et d'organisation de la tutelle (ibid. Nr. 114, 117). Le C. c. suisse, titre final à son art. 14, a adopté la même règle. — Il ressort enfin également de la deuxième partie de la lettre du Département de Justice et Police fédéral à la Chambre des Tutelles de Genève, lettre reproduite dans les faits du présent arrêt, que le Conseil fédéral, chargé de l'exécution de la Convention de la Haye, considère aussi cette convention

comme applicable à toutes les tutelles d'étrangers, aussi bien à celles instituées avant cette Convention qu'à celles s'ouvrant après.

V. *Hier wird vollends wichtig, dass die Konvention nicht die Gesamtheit der Fragen des Vormundschaftsrechtes ordnet.*

Anmerkungen.

1. Die Fürsorge für die aus einer geschiedenen Ehe hervorgegangenen Kinder ist eine Frage für sich, die von der Konvention nicht geordnet ist. Hier kann z. B. fraglich werden, ob die schweizerische Vormundschaftsbehörde bei deutschen Ehegatten, die in Deutschland geschieden sind, eine vom deutschen Vormundschaftsgericht nach § 1635 (am Ende) B. G.-B. getroffene Massnahme anzuerkennen habe, wenn der eine Teil in der Schweiz sich aufhält oder domiziliert ist. Vgl. dazu Art. 156, 157 Z.-G.-B. Man wird bei dem Fehlen einer schweizerischen Kollisionsnorm sagen müssen, die Pflicht der Fürsorge (zu unterscheiden von der Vormundschaft und der elterlichen Gewalt Art. 9, B.-G. N. und A.) stehe unter der Kontrolle und Hoheit des Territorial- und Domizilstaates. Er hat also nach seinem Recht vorzugehen und nicht nach der lex patriae. Auch ist er nicht verpflichtet, eine auswärtige Massnahme anzuerkennen; indessen ist es möglich, dass er bei eigener Prüfung zu dem gleichen Resultate gelangt.

2. Bezüglich des Ineinandergreifens des alten und neuen Rechtes bestimmt Z.-G.-B., Schl.-T. Art. 14 folgendes:

> Die Vormundschaft steht, sobald dieses Gesetz in Kraft getreten ist, unter den Bestimmungen des neuen Rechtes.
>
> Eine vor diesem Zeitpunkt eingetretene Bevormundung bleibt bestehen, ist aber durch die vormundschaftlichen Behörden mit dem neuen Rechte in Einklang zu bringen.
>
> Bevormundungen, die nach bisherigem Rechte eingetreten sind, nach dem neuen Rechte aber nicht zulässig sein würden, sind aufzuheben, bleiben aber bis zum Zeitpunkte der Aufhebung in Kraft.

§ 48. Das internationale Vormundschaftsrecht ausserhalb der Konvention.

I. *Das Recht, Ausländer im Inlande und Inländer im Auslande mit allen damit verbundenen Folgen zu bevormunden, hängt vom Personalstatut ab.*

1. Wenn es sich darum handelt, die im internationalen Vormundschaftsrechte auftretenden Fragen zu ordnen, so springt sofort eine besondere Eigentümlichkeit dieser Materie in die Augen. Es gilt hier nicht bloss, festzustellen, welches objektive Recht im Einzelfalle anzuwenden ist, sondern die Aufgabe erweitert sich hier erheblich,

weil die Vormundschaft in der Regel einen organischen Apparat voraussetzt, der auch während einer gewissen Dauer zu funktionieren hat. In dieser Materie ist es besonders schwierig, das materielle Recht und das Forum zu trennen.

Die vorliegende Frage ist eine familienrechtliche, während die andere Frage, ob jemand wegen erfolgter Bevogtigung oder wegen der sie rechtfertigenden Gründe handlungsfähig oder handlungsunfähig sei, zum Personenrecht gehört.

2. Tritt man theoretisch und zunächst ohne Anlehnung an ein positives Gesetz der Materie der Vormundschaft näher, so frägt es sich im einzelnen:

a) aus welchen Gründen eine Vormundschaft eingeleitet, durchgeführt und aufgehoben werden müsse,

b) welches das Verfahren sei,

c) wer Vormund sein könne,

d) welche Behörde den Vormund kontrolliere,

e) in welcher Weise der Vormund und die Behörde hafte,

f) welche Sicherheiten für den Mündel bestehen.

3. Es ist hier nur die ordentliche Vormundschaft über Minderjährige zu erörtern, da sich auch die Konvention nur hierauf bezieht. Es scheidet also speziell auch die ordentliche Vormundschaft über Volljährige (Entmündigung) aus, für die eine besondere Konvention besteht, (vgl. § 8 und unten III. Abschnitt) sowie das ganze Gebiet der sog. ausserordentlichen Vormundschaft. Vgl. auch § 51.

II. *Der bestehende Rechtszustand kann folgendermassen zusammengefasst werden:*

1. In Deutschland bestimmt Art. 23 E.-G. zum B. G. B.:

> Eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft kann im Inland auch über einen Ausländer, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt, angeordnet werden, wenn der Ausländer nach den Gesetzen dieses Staates der Fürsorge bedarf oder im Inlande entmündigt ist.
>
> Das deutsche Vormundschaftsgericht kann vorläufige Massregeln treffen, so lange eine Vormundschaft oder Pflegschaft nicht angeordnet ist.

Ferner enthält das deutsche Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 folgende Bestimmungen:

§ 36. Für die Vormundschaft ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Mündel zu der Zeit, zu welcher die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat. Wird die Anordnung einer Vormundschaft über Geschwister erforderlich, die in den Bezirken verschiedener Vormundschaftsgerichte ihren Wohnsitz oder ihren Aufenthalt haben, so ist, wenn für einen der Mündel schon eine Vormundschaft anhängig ist, das für diese zuständige Gericht, anderenfalls dasjenige Gericht, in dessen Bezirke der jüngste Mündel seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt hat, für alle Geschwister massgebend.

Ist der Mündel ein Deutscher und hat er im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Mündel seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes wird das zuständige Gericht, falls der Mündel einem Bundesstaat angehört, von der Landesjustizverwaltung, andernfalls von dem Reichskanzler bestimmt.

Für die Vormundschaft über einen Minderjährigen, dessen Familienstand nicht zu ermitteln ist, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Minderjährige aufgefunden wurde.

§ 37. Soll jemand nach § 1909 des Bürgerlichen Gesetzbuches einen Pfleger erhalten, so ist, wenn bei einem inländischen Gericht eine Vormundschaft über ihn anhängig ist, für die Pflegschaft dieses Gericht zuständig. Im übrigen finden auf die Pflegschaft die Vorschriften des § 36 Anwendung.

Für die Pflegschaft über einen Ausländer, für den bei einem inländischen Gericht eine Vormundschaft nicht anhängig ist und der im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt.

§ 47. Ist über einen Deutschen, der im Auslande seinen

> Wohnsitz oder Aufenthalt hat, die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erforderliche Vormundschaft im Auslande angeordnet, so kann die Anordnung der Vormundschaft im Inland unterbleiben, wenn dies im Interesse des Mündels liegt.
>
> Hat ein Deutscher, über den im Auslande eine Vormundschaft angeordnet ist, im Auslande seinen Wohnsitz oder Aufenthalt, so kann das Gericht, bei welchem die Vormundschaft anhängig ist, sie an den ausländischen Staat abgeben, wenn dies im Interesse des Mündels liegt, der Vormund seine Zustimmung erteilt und der ausländische Staat sich zur Übernahme bereit erklärt. Verweigert der Vormund, oder, wenn mehrere Vormünder die Vormundschaft gemeinschaftlich führen, einer von ihnen seine Zustimmung, so entscheidet an Stelle des Gerichts, bei welchem die Vormundschaft anhängig ist, das im Instanzengange vorgeordnete Gericht. Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

2. Art. 183 des kaiserlich österreichischen Patentes vom 9. August 1854 bestimmt:

> Hinterlässt ein Ausländer ein in dem österreichischen Staate befindliches minderjähriges Kind, so hat das Gericht demselben einen Vormund für so lange zu bestellen, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen wird.

Friedländer, Das Verfahren ausser Streitsachen nach dem kaiserlichen Patente vom 9. August 1854, 12. Aufl., bemerkt dazu (S. 179 und 180), es geschehe diese vormundschaftliche Handlung, obwohl „die Personenrechte", die sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen, durch die Gesetze jenes Staats geregelt werden, welchem die Person als Untertan unterworfen sei. Es wird beigefügt, dass auch den „hierlands befindlichen *grossjährigen* Ausländern" ein Vormund oder Kurator auf so lange bestellt werde, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen werde, ohne Rücksicht auf den in dem fremden Staate in Ansehung der österreichischen Untertanen beobachteten Vorgang.

Im österreichischen Gesetze von 1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit wird in § 109 folgendes bestimmt:

Zur Bestellung des Vormundes oder Kurators und zur Besorgung aller Geschäfte, welche der Vormundschafts- und Kuratelsbehörde obliegen, ist das Bezirksgericht berufen, bei welchem der Minderjährige oder Pflegebefohlene seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat. Ist für einen Ausländer, für den im Inlande ein allgemeiner Gerichtsstand nicht begründet ist, ein Vormund oder Kurator zu bestellen, so ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel der Ausländer seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat.

Doch ist die Entscheidung über die Beschlüsse der Bezirksgerichte, durch welche die Verlängerung der väterlichen Gewalt oder Vormundschaft oder die Verhängung oder Aufhebung einer Kuratel wegen Wahn- oder Blödsinns oder wegen Verschwendung bewilligt oder verweigert werden soll, sowie die Entscheidung über die Beschlüsse der Bezirksgerichte, durch welche Adoptionsgesuche definitiv erledigt werden oder durch welche die Bewilligung zum Ansuchen um Legitimation durch landesfürstliche Begünstigung oder die Genehmigung der Veräusserung unbeweglicher Sachen der Minderjährigen oder Pflegebefohlenen erteilt oder verweigert werden soll, dem Kreis- oder Landesgerichte vorbehalten, in dessen Sprengel das zuständige Bezirksgericht gelegen ist. Das Bezirksgericht hat in diesem Falle dem Gerichtshofe erster Instanz noch vor Ausfertigung des bezirksgerichtlichen Beschlusses die Akten über die gepflogene Verhandlung zu übersenden.

Wichtig ist auch § 111 des zitierten Gesetzes. Derselbe bestimmt:

Wenn dies im Interesse eines Mündels oder Pflegebefohlenen gelegen erscheint, und namentlich, wenn dadurch die wirksame Handhabung des den Pflegebefohlenen zugedachten vormundschafts- oder kuratelbehördlichen Schutzes voraussichtlich befördert wird, kann das zur Besorgung der vormundschafts- oder kuratelbehördlichen Geschäfte zuständige Gericht von Amts wegen oder auf Antrag die Aufsicht und Fürsorge über die Person des Pflegebefohlenen oder die Ausübung der dem Gerichte in Ansehung der Vermögensangelegenheiten des Pflegebefohlenen zukommenden

Obliegenheiten ganz oder zum Teile einem anderen Gerichte gleicher Gattung übertragen.

Ein solcher Beschluss bedarf der vorgängigen Genehmigung des dem zuständigen Gerichte vorgesetzten Oberlandesgerichtes; wenn aber die Übertragung an ein Gericht eines anderen Oberlandesgerichtssprengels oder an ein ausländisches Gericht stattfinden soll, der Genehmigung des obersten Gerichtshofes. Ein solcher Beschluss ist für das um die Ausübung der vormundschafts- oder kuratelbehördlichen Geschäfte ersuchte inländische Gericht bindend.

Für die Ausfertigung des Ersuchens gelten die Bestimmungen des § 36, letzter Absatz.

Der oberste österreichische Gerichtshof entschied indessen, dass § 111 auf den Fall nicht analog angewendet werden könne, in welchem es sich um die Übernahme der Besorgung der gesamten vormundschaftlichen Geschäfte eines ausländischen Pflegebefohlenen handle, und dass der oberste Gerichtshof zur Genehmigung dieses Vorgehens nicht zuständig sei. Es müsste vielmehr verlangt werden (Zeitschrift von Böhm-Niemeyer X, S. 490 und 491):

a) dass das interne Gericht die Akten durch das vorgesetzte Oberlandesgericht zur Weiterbeförderung an das Justizministerium vorlege,

b) dass zunächst festgestellt werde, ob das ausländische Gericht nach den Gesetzen seines Landes zur Übertragung der vormundschaftsbehördlichen Gerichtsbarkeit an das Gericht eines fremden Staates ermächtigt erscheine.

3. Das italienische Recht steht auch hier auf dem Boden der lex patriae. Die Vormundschaft über Ausländer in Italien und über Italiener im Auslande richtet sich nach dem nationalen Rechte (Art. 6 der Disposizioni). Als eine minderjährige Italienerin in der Schweiz gemäss dem Domizilrecht unter Vormundschaft gestellt und von dem Vormunde ein ihr in der Heimat zugefallenes Vermächtnis herausverlangt wurde, antwortete die italienische Regierung dem Bundesrate (B.-B. 1891 II, S. 539, Nr. 17):

Der in dem schweizerischen Kanton ernannte Vormund könne in Italien nicht anerkannt werden, indem nach italienischem Rechte die Bestellung der Vormundschaft über

einen im Auslande befindlichen Staatsangehörigen auf Grund der Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuches erfolgen müsse, wornach durch die kompetente Behörde ein aus den nächsten Verwandten gebildeter Familienrat einzuberufen sei, welchem die Bezeichnung des Vormundes zustehe.

4. Im englisch-amerikanischen Rechte wird gesagt, dass das Recht des Domizils des Mündels für die Ernennung des Vormunds und die Verwaltung seines Vermögens entscheide. Der Vormund hat deswegen das Recht, auch das im Auslande liegende Vermögen zu verwalten. Auch Wharton führt dies in § 260 aus: ......guardian duly constituted according to the laws of the domicil of the ward should be recognised as such by all other countries.

Die englisch-amerikanischen Gerichte bestellen Vormünder für Angehörige ihrer Staaten, welche im Auslande domizilieren, in der Regel nicht oder nur dann, wenn die betreffenden Personen Eigentum dort besitzen.

5. Das argentinische Zivilgesetzbuch bestimmt über die Vormundschaft folgendes:

> Art. 409. L'administration de la tutelle organisée par les tribunaux de la République est exclusivement régie par le présent Code, si les biens du pupille se trouvent sur le territoire argentin.
>
> Art. 410. Si le pupille possède des biens meubles ou immeubles en dehors du territoire de l'Etat, leur administration et leur disposition seront régies par les lois du pays où ils se trouvent.

§ 49. Das internationale Vormundschaftsrecht der Schweiz im speziellen.

Meili, Handbuch I, S. 335 ff.

Was das schweizerische Recht anbetrifft, so ist zu beachten, dass es international auf einer Ausgleichung des Domizilrechts und des nationalen Rechts beruht.

1. Es liegt ein grosser Irrtum darin, zu glauben, dass das geltende Recht der Schweiz absolut dem Domizilrecht huldige.

Richtig ist zwar, dass das Domizilrecht gilt, soweit es sich um

interkantonale Verhältnisse handelt (Art. 10 B.-G. N. und A.) Allein wenn man auch nicht sagen darf, dass der erste Teil des eben erwähnten B.-G. kraft der errungenen Rechtseinheit obsolet geworden sei (vgl. Schl.-T. Z.-G.-B., Art. 61 und Art. 32 B.-G.), so fallen doch die Hauptfragen des interkantonalen Lebens mit dem 1. Januar 1912 dahin.

Unter der Herrschaft des alten wie des neuen Rechtes ist zu unterscheiden:

a) die Stellung der Schweizer, die im Ausland wohnen. Das Gesetz unterwirft sie dem nationalen (heimatlichen) Privatrecht und dem nationalen (heimatlichen) Gerichtsstande, wenn das betreffende Domizilrecht auf sie nicht Anwendung findet (Art. 28 B.-G. N. und A.). Hier huldigt also das B.-G. unter der erwähnten Bedingung dem nationalen Recht, und da sich sehr viele Schweizer im Ausland befinden, ist der Geltungsbereich ihres nationalen Rechtes ein sehr weiter.

Sind die Schweizer aber nach Massgabe des ausländischen Rechts diesem unterworfen, so lässt dies das B.-G. gelten. Immerhin ist gerade bezüglich der Vormundschaft eine Abweichung von dieser Regel zu konstatieren. Nach Art. 29 wird nämlich, wenn bevormundete Schweizer die Schweiz verlassen, die Vormundschaft, solange der Grund der Bevormundung fortbesteht, von der bisherigen Vormundschaftsbehörde fortgeführt; es wird hier also nicht das in Art. 28 als Regel niedergelegte Prinzip der lex domicilii, sondern das der lex patriae statuiert.

Der Art. 30 betrifft nicht den Fall der Bevormundung wegen Minderjährigkeit. Immerhin ist bemerkenswert, dass auch hier nicht das Domizil-, sondern das Nationalprinzip zum Durchbruch kommt.

b) die Stellung der Ausländer, die in der Schweiz wohnen. Grundsätzlich gilt für diese allerdings das Wohnsitzrecht (Art. 10 und 32 B. G.). Hier aber greift der Vermittlungsstandpunkt ein, der in Art. 33 ausgedrückt ist. Derselbe bestimmt:

Die über einen Ausländer in der Schweiz angeordnete Vormundschaft ist auf Begehren der ausländischen zu-

ständigen Heimatbehörde an diese abzugeben, sofern der ausländische Staat Gegenrecht hält.

Unter der in Art. 33 erwähnten zuständigen Heimatbehörde ist diejenige Instanz zu verstehen, welche im nationalen Staate handeln müsste. Sodann ist zu beachten, dass Art. 33 nur von der in der Schweiz *angeordneten* Vormundschaft spricht. Der Fall des Art. 33 liegt also nicht vor, wenn ein Ausländer im Ausland, sei es im Heimatstaat, sei es in einem anderen Staate bevogtet worden ist und nun in die Schweiz kommt. Hier bleibt die auswärtige Instanz kompetent.

Art. 33 gestattet offenbar auch eine generelle Reziprozitätserklärung. Es muss nicht erst von Fall zu Fall die Reziprozität ausgesprochen werden, wenn und nachdem jede einzelne Vormundschaft in der Schweiz „angeordnet“ ist. Diese Reziprozität, sowie sie einen Tag nach der Errichtung der Vormundschaft in der Schweiz ausgesprochen werden kann, darf auch zum voraus generell erklärt werden, und man wird nicht sagen dürfen, die Schweiz sei berechtigt, eine solche Erklärung zunächst zu ignorieren, nach Domizilrecht vorzugehen und erst, nachdem die Vormundschaft angeordnet sei, verpflichtet, sie an den nationalen Staat abzugeben. Eine solche Auslegung würde der internationalen bona fides widersprechen, und sie lässt sich auch nicht rechtfertigen, weil sie unter Umständen fiskalischen Interessen (z. B. durch Inventierung des Vermögens reicher Ausländer, die mit Hinterlassung Minderjähriger sterben) dient.

Für die Annahme der Reziprozität auf Seite des auswärtigen Staates ist nicht erfordert, dass dieselbe durch Staatsvertrag oder auch nur durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift garantiert sei. Es genügt vielmehr, dass sie sich aus den Prinzipien seiner Gesetzgebung ergibt. Das Bundesgericht hat dies neuerdings wieder ausgesprochen. (A. E. XXXIII, 1. Teil, S. 768.) Es heisst dort:

> Il suffit que l'Etat étranger reconnaisse, dans sa législation intérieure, le droit de la Suisse (ou de telle autorité cantonale compétente) de réclamer à son tour dans des

conditions analogues, c'est-à-dire dans le cas d'une tutelle instituée envers un Suisse sur le territoire de cet Etat étranger, la remise ou le transfert de cette tutelle; autrement dit encore, il suffit qu'en cette matière et dans sa législation intérieure l'Etat étranger consacre, pour autant qu'il s'agit de relations internationales, le principe que la loi et la juridiction du lieu d'origine doivent avoir le pas sur celles du lieu du domicile.

Das Bundesgericht konstatiert dann in jenem Falle speziell an Hand des Art. 23 Abs. 1, E.-G. zum B. G.-B. und an Hand der Auslegung, welche die deutsche Praxis dem Art. 47 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. April 1898 (vgl. oben § 48) gibt, dass bezüglich Deutschland die Reziprozität im Sinne von Art. 33 als vorhanden zu betrachten sei. Durch Art. 33 ist also die Schweiz den ausländischen Staaten im Sinne des nationalen Rechtes weit entgegengekommen, sie hat es diesen geradezu freigestellt, zu entscheiden, ob sie die Vormundschaft über ihre Angehörigen beanspruchen und übernehmen wollen, und zwar bezieht sich dies nicht nur auf die Vormundschaft über Minderjährige, sondern auch auf die über Volljährige. Die auswärtigen Staaten haben es also in der Hand, das im interkantonalen Privatrecht geltende Domizilprinzip ausser Kraft zu setzen. Die Schweiz hat sich generell und zum voraus eventuell dem nationalen Recht der ausländischen Staaten unterworfen, soweit es sich um Ausländer handelt, die in der Schweiz wohnen.

Ausser der Befugnis des Art. 33 hat die nationale Vormundschaftsbehörde des Ausländers alle die Rechte, die diejenige des niedergelassenen Schweizerbürgers besitzt, also speziell das Recht auf Mitteilung von Eintritt und Aufhebung einer Vormundschaft sowie vom Wohnsitzwechsel des Mündels, das Recht, auf Verlangen Aufschluss zu erhalten (Art. 12), das Recht, die Bevormundung ihres Angehörigen bei dessen Wohnsitzbehörde zu *beantragen* (Art. 14). Damit ist auch das Recht statuiert, die Fortführung einer im nationalen Staate errichteten Vormundschaft zu begehren. Ferner ist damit auch den auswärtigen Behörden die Aktivlegitimation zu-

gestanden, wegen Streitigkeiten aus Art. 14 gemäss Art. 16 B.-G. ans Bundesgericht zu gelangen. Die analoge Anwendung des Art. 13 (Weisungen der heimatlichen Vormundschaftsbehörde an diejenige des Wohnsitzes betreffend die religiöse Erziehung des Minderjährigen) ist dagegen nicht anzuerkennen. Es ist völkerrechtlich unmöglich angängig, dass die vormundschaftliche Verwaltung der schweizerischen Behörden einer Kontrolle des Auslandes unterworfen werde. Vgl. Meili, Handbuch I, S. 341.

c) Vorbehalten bleiben endlich (Art. 34) die besonderen Bestimmungen der Staatsverträge. Hier kommen in Betracht der Staatsvertrag mit Frankreich und der mit Italien, die beide auf dem Standpunkt der lex patriae stehen. Vgl. Handbuch I, S. 342 ff. und unten § 59.

2. Es ist also unrichtig, wenn es so hingestellt wird, als ob das bisherige schweizerische Recht strikt auf dem Standpunkt der lex domicilii gestanden hätte.

Anmerkung.

Kraft des neuen schweizerischen Z.-G.-B. ist die Vormundschaft im ganzen Gebiete der Schweiz einem einheitlichen Rechte unterstellt. Allein es enthält neben der intrakantonalen Vorschrift des Art. 376,2 mitten im internen Rechte eine Bestimmung (Art. 378), die im Grunde in das B.-G. N. und A. oder in die Zusätze zum Schl.-T. Art. 61 gehört hätte. Darnach hat der Heimatkanton hinsichtlich seiner in einem andern Kanton wohnenden Bürger gegen den Domizilkanton bestimmte Rechte (ein Antragsrecht auf Bevormundung, was angesichts der elastischen Fassung des Art. 374 wichtig ist, ein Beschwerderecht und ein Recht auf Befolgung der Verfügungen betreffend die religiöse Erziehung). Diese Rechte sind kopiert aus Art. 13 und 14 B.-G. N. und A., wobei zu beachten ist, dass Art. 15 nicht aufgenommen worden ist. Aus der Norm des Art. 378 ergibt sich, dass die lex originis doch etwas tiefer im Blute des Schweizervolkes steckt, als die Anhänger des schrankenlosen Domizilprinzips meinen.

§ 50. Der prinzipielle Standpunkt der Konvention.

I. *Im Unterschiede von den sonstigen im internationalen Privatrecht auftretenden Fragen muss das Wesen der Vormundschaft als einer der Regel nach zeitlich dauernden Einrichtung richtig gewürdigt werden.*

Es handelt sich im Gebiete der Vormundschaft nicht um einen einmaligen Rechtsakt oder um eine vereinzelte Frage der Gesetzes-

anwendung, sondern um eine Organisation, und im Grunde wäre es gut, wenn das Vorgehen je nach der individuellen Lage eines Falles eingerichtet werden könnte. Allein dies ist natürlich ausgeschlossen.

II. *Objektiv betrachtet haben die beiden Hauptprinzipien des nationalen Rechtes und des Wohnsitzrechtes bei der Ordnung der Vormundschaft gegeneinander abgewogen verschiedene Vorteile.*

1. Zugunsten des nationalen Rechtes spricht folgendes:

a) es schafft ein fixes Zentrum für alle Aktiven, wo immer sie liegen, sowie für die Behörden.

b) gleichgültig bleibt die Tatsache, dass der Mündel das Domizil ändert.

c) dies tritt auch speziell zutage, wenn es sich um die Angehörigen eines Staates handelt, die in grosser Zahl im Auslande wohnen. So werden namentlich die zahlreichen Schweizer im Auslande nach der Vereinheitlichung des Zivilrechtes diese Vorteile erst recht empfinden.

2. Auf der anderen Seite hat das Domizilrecht gewisse Vorzüge:

a) die Domizilbehörde kennt die Vormundschaftsgründe des Domizilrechts, nicht aber die des nationalen Staates.

b) sie kennt die nationalen Behörden nicht.

c) es handelt sich oft um ein sofortiges Eingreifen, wozu eben nur die örtliche Behörde imstande ist, z. B. Feststellung des Inventars, Ausschlagung oder Antretung eines Nachlasses, Anfechtung eines Testamentes, wobei Gefahr im Verzuge ist, der Verkehr mit den nationalen Behörden ist umständlich, und es ist bedauerlich, dass selbst Behörden der Nachbarstaaten oft lange auf Antwort warten lassen.

d) die von den nationalen Staaten gewählten Vormünder sind in der Regel Angehörige dieses Staates. Es fehlt dann jede Fühlung mit dem Mündel im Domizilstaat. Und wenn ein Vormund im Domizilstaate bestellt wird, so ist Mündel und Vormund von der Vormundschaftsbehörde getrennt.

e) die ausschliessliche Betonung der lex patriae bedeutet einen Einbruch in das interne Recht.

In den meisten Staaten mit ihrer minimalen Ausländerbevöl-

kerung macht sich diese Durchlöcherung des internen Rechts nicht stark geltend, sie bleibt seltene Ausnahme; in der Schweiz und speziell in den grossen Städtekantonen mit ihrer exorbitant hohen Fremdenzahl wird sie dagegen fast zur Regel.

Während es auf je 100 Einwohner in Spanien 0,2, in Italien 0,9, in den Niederlanden 1,1, in Deutschland 1,7, in Belgien 2,8, in Frankreich 3,2 Ausländer trifft, sind es in der Schweiz 11,6, bezw. nach der Volkszählung von 1910 sogar 14,5.

III. *Trotzdem steht die Konvention grundsätzlich auf dem Boden der lex patriae.*

1. Die Tragweite dieses Prinzips im einzelnen wird hernach noch genau erörtert. Aber es ist zunächst zu sagen, dass die Konvention eine sachliche und örtliche Konzentration des Vermögens eines Minorennen, sowie der persönlichen Fürsorgepflicht herbeiführt. Schon hier ist für die Auslegung zu sagen: wo die Konvention nicht eine ausdrückliche und zwingende Norm enthält, muss zugunsten der Anwendung der lex domicilii, speziell zugunsten der Kompetenz der schweizerischen Wohnsitzbehörden interpretiert werden.

2. Unter der lex patriae, die massgebend ist, ist das nationale Recht des Minderjährigen zu verstehen. Gleichgültig ist es also, welcher Nationalität der Vormund oder eventuell der Vater angehört. Letzteres ist besonders in den Fällen wichtig, in welchen eine Vormundschaft aus irgend welchen Gründen auch bei Lebzeiten des Vaters angeordnet werden kann oder muss und der Vater eine von seinen minderjährigen Kindern verschiedene Nationalität besitzt. Vgl. A. E. XXXV, 1. Teil, S. 476.

Anmerkung.

Wie schon gesagt, ist die Wirkung der Konvention in den einzelnen Staaten eine ganz verschiedene je nach der Zahl der Ausländer, die in ihnen leben. Speziell in der Schweiz werden durch die Anwendung des ausländischen Rechtes ganze Enklaven geschaffen, in denen das interne Recht ausser Kraft gesetzt wird; denn es leben nach der Volkszählung von 1900 in der Schweiz Ausländer:

1. in Genf . . . . 39,7 %
2. in Baselstadt . . . . 38,1 %
3. im Tessin . . . . 22 %
4. in Schaffhausen . . . . 18,4 %

5. in Zürich . . . . 16,3 %
6. in Graubünden . . . . 14,3 %
7. im Thurgau . . . . 13,3 %

Davon leben Ausländer in den Städten:

1. in Genf . . . . 40,6 %
2. in Basel . . . . 38,3 %
3. in Zürich . . . . 29 %.

In Zürich befinden sich gegenwärtig bei einer Einwohnerzahl von rund 180,000 nicht weniger als 60,000 Fremde (=33 %), während z. B. Berlin 1905 bei einer Einwohnerzahl von 2,040,148 nur 48,879 Ausländer hatte. Von den 383,424 Ausländern in der Schweiz gehören

347,100 = 90,5 % der Haager Rechtsunion an, nämlich
168,451 = 43,9 % dem Deutschen Reiche
117,059 = 30,5 % Italien
58,522 = 15,3 % Frankreich
3,158 = 0,8 % den übrigen Staaten.

Man kann daraus den Schluss ziehen, welche Wirkungen die Anwendung des von der Konvention über Vormundschaft vorgesehenen nationalen Rechts auf die interne Gesetzgebung ausübt. Übrigens ist nach dem Ergebnis der Volkszählung von 1910 die Zahl der Ausländer auf 565,000 angewachsen, d. h. seit 1900 prozentual von 11,6 auf 14,5 % gestiegen.

§ 51. Der Begriff der Vormundschaft im Sinne der Konvention.

I. *Die Konvention betrifft zunächst nur die Vormundschaft im eigentlichen Sinne, d. h. jene technisch sogenannte behördliche und relativ dauernde Einrichtung, die dazu dient, das geistige und körperliche Wohl des Bevormundeten zu sichern und seine ökonomischen Interessen zu wahren.*

Unter die Vormundschaft im Sinne der Konvention fallen nicht:

1. die sog. elterliche (väterliche) Vormundschaft. Vgl. dazu auch Art. 274 Z.-G.-B.

2. die sog. ehemännliche Vormundschaft. NB. Nr. 1 und 2 ruhen nicht auf einem für die eigentliche Vormundschaft begrifflich notwendigen Errichtungsakte, sondern auf dem objektiven Gesetze.

3. die Bestellung eines ausserordentlichen Vormundes für die Kinder eines Konkursiten oder eines Gepfändeten, erstere z. B. nach § 33 Abs. 1, Zürch. E.-G. zum B.-G. Sch. u. K. obligatorisch, letztere gemäss § 33 Abs. 2 eod. fakultativ. Vgl. auch § 1647 D. B. G.-B.

Diese Vorkehr fällt nicht unter den Begriff der Vormundschaft im Sinne der Konvention, denn es handelt sich hier nicht um eine, die totale Persönlichkeit des Mündels ergreifende, relativ dauernde Fürsorge für denselben, sondern um eine vorübergehende, lediglich die Wahrung der mit denjenigen des Vaters kollidierenden ökonomischen Interessen bezweckende Massregel. Dies ist auch die Ansicht des Eidg. Justiz- u. Polizeidepartements in seinem Antwortschreiben vom 2. April 1907 an die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zürich:

> Die Frage 9 haben Sie uns schon mit Schreiben vom 7. Dezember 1905 gestellt; wir haben Ihnen damals geantwortet, wenn der Konkurs des Vaters nach dem heimatlichen Rechte des Minderjährigen kein Bevormundungsgrund sei, so könne die Vormundschaft über ihn auch nicht im Kanton Zürich angeordnet werden. Wir fügen heute bei, dass dies nur richtig ist unter der Voraussetzung, dass es sich in § 33 des zürch. E.-G. zum Sch. u. K.-G. um eine wirkliche Vormundschaft handle, mit dauerndem Charakter. Handelt es sich nur um eine vorübergehende Massregel zum Schutze der Rechte der minderjährigen Kinder, so findet die Haager Konvention nicht Anwendung, und das zürcherische Recht bleibt anwendbar.

Diese Ansicht ist auch von Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, S. 99 Anm. 2 entwickelt worden.

Was von der ausserordentlichen Vormundschaft des bisherigen zürcherischen Rechts gilt, trifft auch für die Beistandschaft des neuen Z.-G.-B. zu. Art. 392 bestimmt:

> Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand da, wo das Gesetz es besonders vorsieht, sowie in folgenden Fällen:
>
> 1. ....
> 2. wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen,
> 3. wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist.

4. die die väterliche bezw. die elterliche Gewalt ergänzenden bezw. korrigierenden Massnahmen der Vormundschaftsbehörden (vgl. z. B. § 1631 Abs. 2, 1643, 1665 ff. D. B. G.-B.; § 663 zürch. P.-R.; vgl. auch § 1647 D. B. G.-B.) Hier handelt es sich in erster Linie nicht um eine Vormundschaft im eigentlichen Sinne, sondern um die Schranken der elterlichen bezw. väterlichen Gewalt.

5. der Entzug der väterlichen bezw. elterlichen Gewalt. Es handelt sich hier nur mittelbar und erst in zweiter Linie um die Vormundschaft, und die Konvention betrifft nur die Fälle, wo unmittelbar die behördliche Vormundschaft in Frage steht. Beim Entzug der elterlichen Gewalt aber handelt es sich in erster Linie nicht um die *Begründung* einer *behördlichen* Vormundschaft, sondern um die *Beseitigung* der elterlichen, die sehr häufig sogar von den Polizei- und Strafgesetzen der lex domicilii als Nebenstrafe vorgesehen wird und daher zum ordre public des Domizils gehört.

Auch das oben erwähnte Antwortschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements erklärt, die Konvention behandle den Entzug der elterlichen Gewalt nicht.

II. *Die Konvention betrifft ferner nur die Vormundschaft über Minderjährige.*

Im einzelnen ist zu sagen:

1. die Vormundschaft über Volljährige gehört nicht hieher, namentlich deren Hauptfall, die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung. Hierüber existiert eine separate Konvention, welche die Schweiz nicht annehmen wird.

2. die Fälle, in denen die Minderjährigen nicht als solche bevormundet sind, sondern aus andern Gründen z. B.:

a) wenn die Vormundschaft des ordentlichen Vormundes nicht ausreicht und ein ausserordentlicher Vormund oder ein Pfleger oder ein Beistand bestellt werden muss (z. B. § 732 a, zürch. P.-R., § 1909 D. B. G.-B. oder Art. 392 Z.-G.-B.). Hier ist der Grund der ausserordentlichen Bevormundung nicht die Minorennität an sich, sondern regelmässig eine Interessenkollision zwischen Mündel und ordentlichem Vormund.

b) ausgeschlossen ist auch die Frage, ob bei der Entmündigung

eines Volljährigen die über ihn verhängte Vormundschaft ein einheitliches Ganzes bildet in dem Sinne, dass sie auch die Kinder ergreift, oder ob die letzteren der elterlichen Gewalt der Mutter zugewiesen oder unter eine besondere Vormundschaft gestellt werden. Sie fällt nicht unter die Konvention; denn es handelt sich primär und unmittelbar um eine Vormundschaft über Volljährige.

III. *Die vorstehende Abgrenzung des sachlichen Geltungsbereichs der Konvention ist scharf festzuhalten.*

Anmerkungen.

1. § 188 österreich. a. b. G.-B. bestimmt:

Ein *Vormund* hat vorzüglich für die Person des Minderjährigen zu sorgen zugleich aber dessen Vermögen zu verwalten. Ein *Kurator* wird zur Besorgung der Angelegenheiten derjenigen gebraucht, welche dieselben aus einem andern Grunde als jenem der Minderjährigkeit selbst zu besorgen unfähig sind.

Und § 197 eod. bestimmt dann weiter:

Hat eine Mutter oder eine andere Person einem Minderjährigen ein Erbteil zugedacht und zugleich einen Vormund ernannt, so muss dieser nur in der Eigenschaft eines Kurators für das hinterlassene Vermögen angenommen werden.

Nach österreichischem Recht ist die Ehefrau berechtigt, in ihrem Testament einen Vormund für ihr als Erbe eingesetztes Kind zu bestellen, trotzdem dessen Vater — ihr Ehemann — noch am Leben ist. Immerhin handelt es sich, wie aus § 197 hervorgeht, nicht um eine volle Vormundschaft, die auch die Person des Mündels umfasst, sondern nur um eine Kuratel.

2. Man darf mit der Vormundschaft die staatliche Fürsorge in Kirche, Schule, Spital nicht verwechseln. Diese Fürsorge muss stets dem Aufenthaltsstaat anheimgegeben werden. Häufig wird diese Unterscheidung übersehen, und so kommt es, dass z. B. auch J. F. Landsberg (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III, S. 641) ganz unvermittelt ausruft, das Haager Übereinkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige sei zu kündigen.

§ 52. Der Umfang der Geltung der lex patriae.

I. *Die Konvention stellt den Satz auf, dass sich die Vormundschaft über einen Minderjährigen nach dessen nationalem Recht bestimmt.*

1. Es ist zu untersuchen, ob damit alle mit der Vormundschaft in Zusammenhang stehenden Fragen der lex patriae ausgeliefert seien. Zunächst einmal ist dies sicherlich der Fall bezüglich des

Zeitpunktes und der Gründe für den Beginn, sowie für die Beendigung der Vormundschaft; denn hiefür besteht die ausdrückliche spezielle Bestimmung des Art. 5.

2. Die Gründe für den Beginn der Vormundschaft sind nach den bundesrätlichen Kreisschreiben folgende:

Deutsches Reich.

a) bei ehelichen Kindern:
wenn sie nicht unter elterlicher Gewalt stehen, oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen befugt sind. (B. G.-B. § 1773, Abs. 1, vgl. §§ 1676 ff., 1684 ff.)

b) bei unehelichen Kindern ist die Vormundschaft nach ihrer Geburt anzuordnen (B. G.-B. §§ 1773 Abs. 1, 1707; für Kinder aus Putativehen, vgl. B. G.-B. §§ 1699 ff., 1771).

c) bei Minderjährigen, deren Familienstand nicht zu ermitteln ist, ist die Vormundschaft anzuordnen, sobald ihre Familienlosigkeit bekannt wird (B. G.-B. § 1773, Abs. 2).

Belgien.

1. bei ehelichen Kindern die Auflösung der Ehe der Eltern durch den Tod eines der Ehegatten (C. c., Art. 390); bei unehelichen Kindern die Geburt.

2. nachrichtslose Abwesenheit der Eltern nach Art. 142 und 143, C. c.

Frankreich.

1. bei ehelichen Kindern: die Auflösung der Ehe durch den Tod des einen Ehegatten (C. c. Art. 390), bezw. der Tod eines der geschiedenen oder getrennten Ehegatten (Dalloz, Code civil annoté, Art. 303 n. 80—81; 390 n. 15—16); bei unehelichen Kindern die Geburt (Dalloz, Art. 390 n. 17 ss.);

2. nachrichtslose Abwesenheit des Vaters bezw. der Mutter seit 6 Monaten, sofern die Mutter bezw. der Vater vor dem Eintritt der Abwesenheit verstorben ist oder vor der Abwesenheitserklärung (déclaration d'absence) stirbt (C. c. Art. 142, 143); über das Verhältnis nach erfolgter Abwesenheitserklärung spricht sich das Gesetz nicht aus (Dalloz, App. zu Art. 143);

3. Verwirkung oder Entzug der väterlichen Gewalt nach Art. 335 Abs. 2 des C. pénal, und nach dem Gesetz vom 24. Juli 1889.

Luxemburg: wie in Belgien.

Niederlande: wenn der Minderjährige nicht unter väterlicher Gewalt steht (Burgerlijk Wetboek, Art. 385).

Rumänien: Tod des Vaters oder der Mutter.

Schweden: regelmässig der Tod des Vaters oder der Mutter des Minderjährigen oder der Erwerb von Eigentum durch den Minderjährigen.

Italien:

a) bei ehelichen Kindern:

1. der Tod beider Eltern; der überlebende Elternteil behält die väterliche Gewalt (Art. 220,241, Codice civile); er verliert sie durch seine Wiederverheiratung nicht (Art. 220,232).
2. der Verlust der väterlichen Gewalt.

b) uneheliche Kinder sind unter Vormundschaft zu stellen, wenn sie weder durch ihren Vater noch durch ihre Mutter anerkannt worden sind (Art. 184 C. c.).

Die in Art. 325 C. c. vorgesehene Bevormundung (interdizione) im letzten Jahre der Minderjährigkeit tritt erst mit der Mehrjährigkeit in Wirksamkeit, ist also keine Bevormundung Minderjähriger.

Portugal:

a) bei ehelichen Kindern:
Wenn Vater und Mutter des Minderjährigen nicht vorhanden oder an der Übernahme der Sorge für den Minderjährigen verhindert sind (Art. 185).
beim Tode des Vaters erhält die Mutter die elterliche Gewalt und behält sie auch nach Eingehung einer zweiten Ehe mit Ausnahme der Verwaltung über das Vermögen der Kinder (Art. 155, 162 und 163).

b) bei unehelichen Kindern:
wenn sie anerkannt sind, gleich wie bei den ehelichen Kindern; wenn sie nicht anerkannt sind, ist ihr unehelicher Stand Bevormundungsgrund (Art. 166, 167 und 279).

3. Die Gründe für die Beendigung der Vormundschaft sind nach den bundesrätlichen Kreisschreiben folgende:

Deutsches Reich:

Wenn die in § 1773 B. G.-B. für die Anordnung der Vormundschaft bestimmten Voraussetzungen wegfallen (B. G.-B. § 1882). Bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe endigt die Vormundschaft erst dann, wenn die Vaterschaft des Ehemanns durch ein zwischen ihm und dem Mündel ergangenes Urteil rechtskräftig festgestellt ist, oder die Aufhebung der Vormundschaft von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird (B. G.-B. § 1883).

Ist der Mündel verschollen, so endigt die Vormundschaft erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht. Wird der Mündel für tot erklärt, so endigt die Vormundschaft mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils (B. G.-B. § 1884).

Belgien:

1. Tod des Mündels;
2. Verschollenheitserklärung des Mündels;
3. Volljährigkeit des Mündels (C. c. Art. 388, 488);
4. Emanzipation des Mündels (C. c. Art. 476 ss.).

Frankreich:

1. Tod des Mündels;
2. Verschollenheitserklärung des Mündels (Zachariae-Crome, Franz. Zivilrecht, 8. A., III, 619 n. 1);
3. Volljährigkeit (C. c. Art. 388, 488);
4. Emanzipation des Mündels (C. c. Art. 476 ss.). Der einem emanzipierten Minderjährigen beigegebene Pfleger ist kein Vormund.

Luxemburg: wie in Belgien.

Niederlande:

1. Volljährigkeit, mit 21 Jahren (B. W., Art. 385);
2. Heirat des Minderjährigen (B. W., Art. 385);
3. wenn der Minderjährige wieder unter väterliche Gewalt tritt (B. W., Art. 386 b, Ziff. 1, 3);
4. bei unehelichen Kindern die Legitimation durch Heirat der Eltern (B. W., Art. 386 b, Ziff. 2, 329).

Rumänien:

1. Volljährigkeit des Mündels;
2. Emanzipation des Mündels (durch Heirat; durch Erklärung seitens seines Vaters oder seiner Mutter vor Gericht, sofern der Minderjährige 18 Jahre alt ist; durch das Gericht auf Antrag des Familienrats, sofern der Minderjährige 20 Jahre alt ist).

Schweden:

1. Volljährigkeit;
2. für Minderjährige weiblichen Geschlechts die Heirat (Gesetz von 1734, Erbrecht, Kap. 19, §§ 1 und 3).

Italien:

1. die Mehrjährigkeit, die mit vollendetem 21. Altersjahre eintritt (Art. 323 C. c.).
2. die Verehelichung (Art. 310).
3. die Emanzipation; Minderjährige können nach vollendetem 18. Lebensjahre durch den Inhaber der väterlichen Gewalt oder mangels eines solchen durch den Familienrat emanzipiert werden (Art. 311, C. c.).

Portugal:

1. die Mehrjährigkeit, die mit dem vollendeten 21. Lebensjahr eintritt (Art. 311).
2. die Emanzipation, die der Vater, mangels desselben die Mutter, mangels beider Elternteile der Familienrat erteilen kann, oder die dem Minderjährigen, wenn er verheiratet ist, auf sein Gesuch hin vom Gericht erteilt werden kann (Art. 304 ff.).

4. Es ist allerdings zu sagen, dass diese Aufzählungen Anspruch auf Vollständigkeit nicht erheben dürfen. Speziell die Gründe des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches erhalten ihre richtige Bedeutung erst durch die Berücksichtigung anderer in sie eingreifender Vorschriften des Gesetzbuches (vgl. die in der Anmerkung zitierte Zusammenstellung des Waisenamtes der Stadt Zürich). Immerhin illustriert ein Überblick über diese verschiedenen Bestimmungen die Konfliktsmöglichkeiten, die allein schon bezüglich der Gründe

für die Einleitung und die Aufhebung der Vormundschaft bestehen. Es ergeben sich drei Möglichkeiten:

a) Das Gesetz des Aufenthaltsstaates sieht eine Vormundschaft vor, nicht aber dasjenige des nationalen Staates. So kämen z. B. im Kanton Zürich beim Tode des Vaters die minderjährigen Kinder eines Deutschen oder Italieners unter Vormundschaft, während dies nach deutschem und italienischem Recht nicht der Fall ist. Hier tritt vielmehr die Mutter die elterliche Gewalt an, wie auch nach dem neuen schweizerischen Z.-G.-B. (Art. 274) Oder nach zürcherischem Recht wären uneheliche italienische Kinder unter Vormundschaft zu stellen. Nach Art. 324 Abs. 3 des neuen Z.-G.-B. kann die Vormundschaftsbehörde das Kind allerdings unter die elterliche Gewalt der Mutter stellen. Nach italienischem Recht ist jedoch eine Vormundschaft nur über eigentliche Findelkinder zu bestellen, d. h. solche, die weder von Vater noch Mutter anerkannt sind. In allen solchen Fällen wird der Aufenthaltsstaat eine Vormundschaft nicht anzuordnen und eine schon bestehende aufzuheben haben. Im Jahre 1908 hat so das Waisenamt der Stadt Zürich 162 Vormundschaften wegen Wegfalles des Bevormundungsgrundes aufgehoben.

b) Das Gesetz des nationalen Staates sieht eine Vormundschaft vor, nicht aber dasjenige des Aufenthaltsstaates. So ist z. B. bei Wiederverheiratung einer deutschen, in Zürich wohnhaften Witwe nach deutschem Recht (§ 1697 B. G.-B.) über deren minderjährige Kinder erster Ehe Vormundschaft zu bestellen, weil sie die ihr bis zur Wiederverheiratung zustehende elterliche Gewalt verliert; nach zürcherischem Recht besteht dieser Bevogtigungsgrund nicht. Oder für französische, belgische, luxemburgische, rumänische und schwedische Kinder ist Vormundschaft zu bestellen, nicht nur, wenn der Vater stirbt, sondern auch, wenn die Mutter stirbt, aber der Vater noch lebt. Dem zürcherischen Recht ist dieser Bevogtigungsgrund unbekannt. Oder nach den Rechten der meisten Konventionsstaaten tritt die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21., in Spanien erst mit dem 23. Alters-

jahr ein, in der Schweiz aber schon mit dem 20. Endlich ist noch darauf hinzuweisen, dass z. B. Deutschland den von dem schweizerischen Recht (Bundesgesetz von 1881, Art. 1) statuierten Grundsatz: „Heirat macht mündig“ gar nicht und Schweden ihn nur für das weibliche Geschlecht kennt.

In allen diesen Fällen kann also der Aufenthaltsstaat in die Lage kommen, eine Vormundschaft anzuordnen, bezw. anerkennen zu müssen, für die nach seinem eigenen Recht ein Grund nicht vorhanden ist.

c) Endlich kann sowohl der nationale Staat als auch der Aufenthaltsstaat eine Vormundschaft vorsehen. Dies ist der einfachste Fall.

II. *Aus der Fassung des Art. 5 darf aber nun etwa nicht geschlossen werden, dass die lex patriae nur die dort erwähnten Fragen ordnen will, vielmehr ist das massgebende Prinzip in Art. 1 enthalten.*

1. Es fallen daher unter die lex patriae speziell auch folgende Punkte (Botschaft des Bundesrates, Seite 869);

a) die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden,
b) die Formen der Bevormundung,
c) das Recht, Vormund zu sein und die Ausschliessung, speziell auch die Möglichkeit der testamentarischen Bestellung eines Vormundes.
d) die Art der vormundschaftlichen Verwaltung.

Während die ersten Entwürfe eine Spezifikation der unter den Begriff der Vormundschaft fallenden Einzelfragen enthielten, spricht die definitive Fassung nur von Vormundschaft im allgemeinen.

2. Dagegen untersteht der lex patriae nicht

a) der Fall der doppelten Nationalität,
b) die Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft.

Über die letztere Frage sagt der Rapport der 1. Kommission von 1894 (Actes 1894, S. 112):

> La commission n'a pas cru nécessaire d'insérer dans le projet, que la loi du *tuteur* doit être consultée pour décider s'il peut être forcé à accepter la tutelle,

und im Rapport von 1900 (Actes 1900, S. 103) wird gesagt:

Il s'agit de savoir s'il convient d'appeler la loi nationale du mineur à régler l'obligation d'assumer le mandat de tuteur. Dans le sentiment de la Commission la question comporte une solution négative. Quant à décider si l'obligation dont il s'agit doit se déterminer d'après la loi nationale du tuteur ou d'après la loi du lieu où la tutelle est exercée, la Commission estime que cette difficulté sort du cadre de sa tâche.

Es wird also nur negativ festgestellt, dass die lex patriae des Minderjährigen nicht massgebend ist.

Bei Doppelbürgerrechten, also wenn z. B. eine Person Franzose und Schweizerbürger ist, sind die französischen und schweizerischen Behörden unabhängig von den Bestimmungen der Konvention (vgl. Actes 1900 p. 103).

3. Von besonderer Bedeutung ist speziell, dass aus der grundsätzlichen Anerkennung der Geltung der lex patriae die *Zuständigkeit* — und zwar die ausschliessliche — der *heimatlichen Vormundschaftsbehörden* hergeleitet werden muss. (Vgl. unten § 55)

III. *Soweit die Konvention und ihre Materialien einen Anhaltspunkt für die Anwendung der lex patriae nicht ergeben, sind die weiter auftauchenden Fragen nach den gewöhnlichen Normen des internationalen Privatrechtes zu entscheiden.*

Eine wichtige Frage ist hier die Verantwortlichkeit des Vormundes. (Vgl. hierüber unten § 54)

Anmerkungen.

1. Nach § 1773 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches erhält ein Minderjähriger einen Vormund,

wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht;

wenn die Eltern weder in den die Person, noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen befugt sind;

wenn der Familienstand des Minderjährigen nicht zu ermitteln ist.

Die Eingabe des Waisenamtes der Stadt Zürich (vgl. unten § 61), S. 14 ff. stellt die zu diesen negativen Bestimmungen gehörigen positiven Ergänzungen zusammen, was bei den vielfachen Verweisungen des deutschen B. G.-B. allerdings ziemlich schwierig ist. Sie gelangt zu folgendem Ergebnis:

A. Ein Minderjähriger steht nicht unter elterlicher Gewalt:

a) wenn sowohl der Vater als auch die Mutter tot sind oder für tot erklärt werden (B. G.-B., §§ 1679, 1684, 1686),

b) wenn während der Ehe der Vater die elterliche Gewalt verwirkt, was dadurch eintritt, dass er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder Vergehens zu Zuchthausstrafe oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten verurteilt wird, wobei aber die Verwirkung nur gegenüber dem geschädigten Kinde Platz greift (§§ 1680, 1684),

c) wenn nach Auflösung der Ehe die Eltern die Gewalt verwirken (§§ 1680, 1684, 1686),

d) wenn die Mutter sich wieder verheiratet (§ 1697),

e) wenn im Falle des § 1666, Absatz 2 (Verletzung des Rechtes des Kindes auf die Gewährung des Unterhaltes) dem Vater auch die Vermögensverwaltung und Nutzniessung entzogen wird,

f) wenn der Minderjährige ein uneheliches Kind ist (§ 1707),

g) wenn der Minderjährige aus einer nichtigen Ehe stammt und als unehelich gilt, weil beiden Ehegatten bei der Eheschliessung die Nichtigkeit der Ehe bekannt war (§ 1703),

h) wenn der Mutter die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt war und der Vater stirbt, oder seine elterliche Gewalt aus einem andern Grunde endigt (§ 1702).

B. Die Eltern sind weder in den die Person, noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung der Minderjährigen berechtigt:

1. wenn die Gewalt des Vaters ruht und die Mutter tot oder die Ehe aufgelöst, die Gewalt aber der Mutter nicht übertragen ist. Die Gewalt des Vaters ruht:

a) wenn er geschäftsunfähig ist, das heisst in einem Zustande nicht bloss vorübergehender krankhafter Störung der Geistestätigkeit sich befindet, oder wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§§ 6, 104, 1676);

b) wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, das heisst, wenn er minderjährig ist,

wenn er wegen Geistesschwäche oder Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist,

wenn er infolge Einleitung des Entmündigungsverfahrens unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist,

wenn er wegen körperlichen Gebrechen seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, oder wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne Angelegenheiten, oder einen bestimmten Kreis solcher, insbesondere die Vermögensverwaltung nicht zu besorgen vermag und mit seiner Einwilligung einen Pfleger erhalten hat (§§ 3, 4, 106, 114, 1676, 1906, 1910);

c) wenn vom Vormundschaftsgerichte festgestellt wird, dass der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1677);

2. wenn aus entsprechenden Gründen die Gewalt der Mutter ruht (§§ 3, 4, 1686);

3. wenn im Falle des § 1666 Absatz 2, dem Vater die Nutzniessung nicht entzogen ist.

§ 53. Das in der Konvention vorbehaltene separate Regime.

I. *Der Hauptvorzug der Konvention besteht in der einheitlichen Konzentration der vormundschaftlichen Verwaltung.*

1. Das massgebende Prinzip ist in Art. 6 Abs. 1, ausgesprochen. Die eingeleitete Vormundschaft bezieht sich darnach auf die Person und auf ihr ganzes Vermögen, gleichviel, in welchem Staate sich die Vermögensgegenstände befinden. Wenn also nach der Konvention Immobilien den Gegenstand der Verwaltung bilden, sind diese nicht nach dem Rechte der gelegenen Sache, sondern nach demjenigen Rechte zu verwalten, das für die Vormundschaft überhaupt gilt. Ein Deutscher, der in Frankreich wohnt, besitzt Liegenschaften in der Schweiz; der deutsche Vormund verwaltet die in der Schweiz gelegenen Grundstücke nach den Bestimmungen des deutschen Rechtes.

2. Dieses Prinzip der Konvention tritt, wie schon hier bemerkt werden mag, in Gegensatz zu Art. 10 Abs. 2 des französisch-schweizerischen Staatsvertrages (vgl. unten § 59).

II. *Die Konvention hat in dieser Beziehung eine Ausnahme nur für solche Liegenschaften gemacht, welche nach dem Gesetze der gelegenen Sache einer besonderen Güterordnung unterliegen (Art. 6 Abs. 2).*

1. Die Formel hat ihre Entstehung bei den Beratungen der Konferenz über die Erbrechtskonvention gefunden, u. z. wurde sie zuerst von der deutschen Delegation gebraucht.

Die Ansichten gingen während den Konferenzen allerdings auseinander. Im Entwurf von 1894 wurde eine Ausnahme von der einheitlichen Verwaltung statuiert, indem gesagt wurde (Actes 1894, S. 114):

> Quant aux immeubles si la législation du pays de leur situation prescrit à ces égards un régime spécial.

Der Bericht der Kommission von 1900 fand aber, diese Fassung sei zu wenig allgemein, indem sie von der Annahme ausging, dass die Liegenschaften überhaupt der lex rei sitae zu unterstellen seien, wenn der Staat der Lage Sonderbestimmungen für sie statuiere. Die Kommission nahm dann folgende Redaktion an (Actes 1900, S. 104; 106):

> Cette règle reçoit, quant aux immeubles, les exceptions que la législation du pays de leur situation aura prescrites.

Schliesslich aber wurde die heutige Fassung angenommen, wonach Ausnahmen nur zulässig sind bezüglich derjenigen Immobilien, welche nach der lex rei sitae einem „régime foncier spécial" unterliegen (Actes 1900, S. 145).

2. Gestützt auf diese Lösung der Frage muss man sagen, dass der in der Konvention enthaltene Vorbehalt sich bezieht auf (Actes 1900, S. 104 und deutsche Denkschrift S. 48):

a) Lehen
b) Fideikommisse
c) Bauerngüter.

Immer dann also, wenn die Gesetzgebung der Lage der Immobilien diese einer separaten Ordnung unterstellt, ist der Staat, in dem sie liegen, nicht verpflichtet, Verfügungen und Anordnungen der im Ausland bestellten Vormundschaftsverwaltung anzuerkennen. Das interne Spezialrecht, das für Grundstücke aufgestellt ist, geht denselben vor, und der interne Staat hat ein Recht, ihnen entgegenzutreten.

Nun ist es freilich richtig, dass der erwähnte Vorbehalt in einzelnen Staaten keine sehr grosse praktische Bedeutung haben wird. Was die Schweiz betrifft, so gestattet das neue Z.-G.-B. die allgemeine Errichtung von Familienfideikommissen nicht mehr, sondern nur noch die von ganz bestimmt gearteten Familienstiftungen (Art. 335).

Aber die besprochene Konventionsbestimmung kann doch eventuell auch in der Schweiz erheblich werden:

a) bezüglich der Gemeinderschaft (Art. 336). Es handelt sich dabei, wie man sagen darf, um eine agrarische Kollektivgesellschaft (Egger),

b) bezüglich der Heimstätten (Art. 350 ff.).

Anmerkung.

In Frankreich besteht ein Gesetz vom 12. Juli 1909: Loi sur la constitution d'un bien de famille. Vgl. dazu J. Vattier, Le bien de famille insaisissable (Paris 1910).

§ 54. Die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden und des Vormundes und die fora.

I. *Die Konvention regelt die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden nicht.*

Diese Verantwortlichkeit kann entstehen:

1. aus vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung bei *Führung* der Vormundschaft. Dies ist der regelmässige Fall. Es ist hier zu sagen, dass die Haftung der Vormundschafts*behörde* immer nur unter dem Rechte ihres Sitzes stehen kann; denn es geht nicht an, dass eine Behörde sich für ihre öffentlichen Funktionen nach einem andern als ihrem eigenen Rechte zu verantworten habe.

2. aus *Unterlassung der Anordnung* der Vormundschaft, sei es, dass die Aufenthaltsbehörden es versäumen, den Heimatbehörden von einem eintretenden Vormundschaftsfall gemäss Art. 8 Nachricht zu geben (z. B. weil er ihnen aus Unkenntnis der lex patriae oder des Eintrittes des betr. Bevormundungsgrundes, z. B. Wiederverehelichung einer deutschen Witwe, entgeht), sei es, dass die Heimatbehörden es unterlassen, die Vormundschaft anzuordnen. Ein Schaden kann hier z. B. dadurch entstehen, dass die Rechtsgeschäfte eines Ausländers, der nach lex patriae unter Vormundschaft gehört hätte, nachträglicher Anfechtung ausgesetzt sind. Hier handelt es sich nun überhaupt nicht um eine Haftung aus der Vormundschaft, sondern um die Frage, ob im allgemeinen die Behörden für Schaden haften, den sie bei Behandlung ihrer Amtsgeschäfte den Privaten verursachen. Hiefür ist das Recht, das jeweilen am Sitze der Behörde gilt, massgebend.

II. *Ebenso wie die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden wird auch die des Vormundes von der Konvention nicht geregelt.*

1. Da die *Pflicht* zur *Übernahme* der Vormundschaft nicht der Konvention unterliegt (vgl. oben § 52), sondern der lex domicilii dessen, der darum angegangen wird, so kann auch das Korrelat der Übernahmspflicht, die Verantwortlichkeit, nur dem gleichen Recht unterstellt werden.

2. Wo aber keine Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft besteht, sondern dieselbe freiwillig übernommen wird, kann erst recht

nur von einer Verantwortlichkeit im Rahmen des Domizilrechtes des Vormundes die Rede sein. Dieser Fall der freiwilligen Übernahme kann z. B. dann vorkommen, wenn die Heimatbehörde des Minderjährigen einen in dessen Aufenthaltsstaat wohnenden dortigen Staatsangehörigen um Übernahme der Vormundschaft angeht und dieser dem Ersuchen entspricht.

III. *Die Konvention enthält auch keine Bestimmung über den Gerichtsstand bei etwaigen Verantwortlichkeitsklagen.*

1. Von den schweizerischen Delegierten wurde freilich an der Konferenz folgender Antrag gestellt:

> Les contestations auxquelles l'établissement et la gestion de la tutelle pourront donner lieu seront portées devant l'autorité compétente du pays dans lequel la tutelle aura été instituée. Il en sera de même des actions en responsabilité dirigées contre les tuteurs ou les autorités tutélaires.

Der Antrag fand aber keine Annahme (Actes 1900, S. 105). Man wollte sich mit der Ordnung der übrigen Fragen begnügen.

2. Anders ging der französisch-schweizerische Staatsvertrag (Art. 10) vor.

§ 55. Die Zuständigkeit der Heimatsbehörden zur Anordnung und Führung der Vormundschaft im speziellen.

I. *Prinzipiell ist die heimatliche Vormundschaftsbehörde zuständig, und zwar ausschliesslich zuständig, die Vormundschaft über einen im Ausland sich aufhaltenden Minderjährigen anzuordnen und zu führen.*

Freilich ist es wahr, dass die Konvention selbst diesen Satz nicht ausdrücklich statuiert hat. Allein es war zweifellos die Willensmeinung der Konferenz, ihn auszusprechen, und die Kommission hat in ihrem Bericht verschiedene Male erklärt, dass er die notwendige Folge der Geltung des Heimatrechtes sei (Actes 1894, S. 112; 1900, S. 103; vgl. Anmerkung).

II. *Aus dieser ausschliesslichen Zuständigkeit folgt auch die Pflicht der heimatlichen Behörden, die Vormundschaft anzuordnen und zu*

führen, sei es selbst, sei es durch das Mittel der Delegation an die Vormundschaftsbehörden des Aufenthaltes des Minderjährigen.

Hierüber bestehen verschiedene Ansichten.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement äussert sich in seinem an die zürcherische Justiz- und Polizeidirektion gerichteten Schreiben vom 9. April 1907 hierüber:

> Darüber (sc. welcher Staat verpflichtet sei, die Vormundschaft zu übernehmen, der Heimatstaat oder der Domizilstaat) schreibt der Vertrag nichts bestimmtes vor: es sind Fälle vorgekommen, wo die Wohnsitzbehörde, und auch solche, wo die Heimatbehörde auf die Vormundschaft verzichtet haben, ohne dass dagegen auf Grund des Vertrages Einwendungen erhoben worden wären.

Ebenso sagt die Eingabe des Waisenamtes und des Stadtrates Zürich an den zürcherischen Regierungsrat betr. Kündigung der Konvention (S. 6).

> Ungewiss ist für die Vormundschaftsbehörden, wie es sich mit ihrer Pflicht zur Anordnung und Führung der Vormundschaft verhält. Weder Art. 2 noch Art. 8 legen den Heimatstellen eine Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft auf. Es ist auch nirgends gesagt, dass, wenn der Heimatstaat keine Vormundschaft anordnen kann oder will, die Aufenthaltsbehörden pflichtig seien, sich der Vormundschaft anzunehmen.

Diese Ausführungen, soweit sie die Heimatsbehörden betreffen, sind sehr anfechtbar. Aus der *ausschliesslichen Zuständigkeit* der Heimatsbehörden, die Vormundschaft anzuordnen und zu führen, folgt auch ihre *Pflicht*, es zu tun, sobald nach der lex patriae ein Bevormundungsgrund vorliegt. Allerdings kann die Form, in der der nationale Staat die Vormundschaft über einen im Ausland sich aufhaltenden Minderjährigen anordnet und führt, eine verschiedene sein.

a) die nationalen Behörden können selbst und vom nationalen Staate aus die Vormundschaft anordnen und führen.

b) das Gesetz des nationalen Staates sieht für den Fall, dass der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, die Anordnung einer Vormundschaft im nationalen

Staate nicht vor, ermächtigt aber seine konsularischen oder diplomatischen Vertreter im Auslande, die vormundschaftliche Fürsorge für die dort wohnenden minderjährigen Angehörigen zu übernehmen (Art. 2) Voraussetzung für die Ausübung dieser Funktion durch die diplomatischen und konsularischen Vertreter ist allerdings, dass der Staat, in dessen Gebiet der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dem nicht widerspricht (Art. 2 i. f.).

Es ist sofort beizufügen, dass die Schweiz vormundschaftliche Funktionen (ebenso wie standesamtliche) ausländischer diplomatischer und konsularischer Vertreter auf ihrem Territorium nicht anerkennt. Es ist zu verweisen auf das III. Kreisschreiben des Bundesrats vom 14. August 1908 (B.-B. 1908 IV., S. 628), wo es heisst:

> Um Missverständnisse zu vermeiden, bemerken wir in allgemeiner Weise, dass die Schweiz von dem ihr durch Art. 2 des Abkommens eingeräumten Rechte gegenüber allen anderen Vertragsstaaten Gebrauch gemacht und der Ausübung vormundschaftlicher Handlungen durch die diplomatischen und konsularischen Vertreter der anderen Vertragsstaaten widersprochen hat. Vgl. auch Geschäftsbericht des Bundesrates 1905, B.-B. 1906, I. 411.

c) Der Heimatstaat verzichtet auf seine vormundschaftlichen Funktionen zugunsten des Wohnsitzstaates, aber nicht in dem Sinne, dass er nun letzterem völlige Freiheit lässt, zu tun oder zu lassen, was er will, sondern im Sinne einer *Delegation*, so dass er den Wohnsitzstaat verpflichtet, die Vormundschaft anzuordnen und zu führen. Dieser Fall trifft freilich für Deutschland, Frankreich und Italien nicht zu. Denn sowohl § 36 des Reichsgesetzes betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit als auch die französische Doktrin und die Disposizioni des italienischen Codice civile stehen auf dem Boden der Zuständigkeit der Heimatbehörden. Dies geschieht auch subsidiär und eventuell von der Schweiz betreffend die Schweizer, die im Ausland wohnen (Art. 28 Ziffer 2, B.-G. N. und A.).

2. Damit die Heimatbehörden eingreifen können, ist es freilich erforderlich, dass sie vom Vorliegen des Bevogtigungsfalles Kenntnis

erhalten. Art. 8 statuiert daher eine Benachrichtigungspflicht der Behörden des Aufenthaltsstaates. Letztere erhalten damit allerdings eine schwere Aufgabe; denn die Frage, ob nach dem nationalen Rechte des Minderjährigen ein Bevogtigungsgrund vorliege, ist ohne authentische Kenntnis des fremden Rechtes nicht sicher zu beantworten.

III. *Was die Behörden des nationalen Staates anbetrifft, die für die Anordnung der Vormundschaft über minderjährige Staatsangehörige im Ausland zuständig sind, so ist hier eine Übersicht zusammenzustellen.*

Deutsches Reich: Das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Mündel seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes wird das zuständige Gericht, falls der Mündel einem Bundesstaat angehört, von der Landesjustizverwaltung, andernfalls von dem Reichskanzler bestimmt. (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Art. 35 und 36, vgl. Art. 46.)

In Württemberg, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und Hamburg die nach Art. 147 des E.-G. zum B. G.-B. zuständigen, nicht gerichtlichen Vormundschaftsbehörden.

Belgien: Der vom zuständigen Friedensrichter (juge de paix) präsidierte Familienrat (C. c. Art. 405 ff., speziell Art. 406).

Luxemburg: Wie in Belgien; die Beschlüsse des Familienrates können an das Kreisgericht (tribunal d'arrondissement) weitergezogen werden (C. proc. c., Art. 883).

Niederlande: Der Richter des Bezirks, in welchem der Minderjährige seinen Wohnsitz hat, eventuell des Bezirks, in welchem er seinen letzten heimatlichen Wohnsitz hatte, eventuell des ersten Bezirks von Amsterdam (B. Wetboek, Art. 417).

Schweden: Das Gericht erster Instanz (bei Schweden von adeliger Geburt das Appellationsgericht).

Italien: Der Prätor des Bezirkes (mandamento) des Heimatortes.

Anmerkung.

In ihrem I. Rapport sagt die Kommission (Actes 1894, S. 112): La commission a admis qu'en matière de tutelle la compétence et la législation sont étroitement liées l'une à l'autre et qu'il y aurait de grands inconvénients à obliger les autorités, auxquelles on aurait attribué la compétence, à appliquer les lois d'un état étranger.

Im II. Rapport wird der Gedanke noch schärfer ausgedrückt (Actes 1900, S. 103): Il paraîtrait inadmissible que la gestion de la tutelle par les autorités d'un pays étranger fut conduite d'après la législation du pays auquel le mineur appartient. La compétence et le droit ne sont pas, en matière de tutelle, susceptibles de disjonction.

§ 56. Der Verkehr der örtlichen Vormundschaftsbehörden mit dem nationalen Staate.

I. *Die Tatsache, dass die nationale Vormundschaftsbehörde und eventuell sogar auch der Vormund vom Aufenthaltsort des Mündels räumlich entfernt ist, macht einen Verkehr zwischen der nationalen und der Aufenthaltsbehörde notwendig.*

Der Verkehr ist:

1. obligatorisch: in allen Fällen des Art. 4 und 8. Es handelt sich hier in erster Linie um eine Benachrichtigungspflicht der Aufenthaltsbehörde gegenüber der Heimatsbehörde;

2. fakultativ: in allen Fällen, in denen die nationale Behörde die Aufenthaltsbehörde, auf deren comitas rechnend, um Auskunft, Rat oder Unterstützung angeht.

II. *Die Form, in welcher sich der Verkehr zwischen den Vormundschaftsbehörden abwickelt, ist verschieden.*

In Anlehnung an die verschiedenen, vom Bundesrat erlassenen Kreisschreiben ist folgendes zu sagen:

1. im Verhältnis zu den *deutschen* Behörden muss der diplomatische Weg gewählt werden, sofern nicht die Behörden, die miteinander verkehren, Gerichte sind. In diesem Falle ist nach den Erklärungen zwischen der Schweiz und Deutschland vom 1./13. Dez 1878 (A. S. N. F. III, 661/662) der unmittelbare Verkehr zulässig. Vgl. Kreisschreiben v. 5. März 1907, B.-B. 07 I, S. 909.

2. mit der *belgischen* und der *französischen* Regierung ist ein Einverständnis dahin erzielt worden, dass der Verkehr mit den belgischen und französischen Behörden in der Regel durch die beidseitigen Konsulate vermittelt werden soll, derart, dass über die Vormundschaft ausländischer Minderjähriger die schweizerischen Vormundschaftsbehörden mit dem zuständigen ausländischen Konsulat in der Schweiz, und über die Vormundschaft schweizerischer Minder-

jähriger im Ausland die Vormundschaftsbehörden des Aufenthaltsortes mit dem zuständigen schweizerischen Konsulat zu verkehren haben. Vgl. Kreisschreiben eod. S. 910. Gegenüber Frankreich bestand dieser Zustand übrigens auch schon bisher.

3. Das gleiche Verfahren wie sub 2. gilt für *Italien*. Vgl. Kreisschreiben des B.-R. v. 1. Juli 1907 (B.-B. 07 IV, S. 587; vgl. auch das Präjudiz des Regierungsrates Bern v. 15. Juli 1908 (Schweiz. J.-Z. V, S. 180, Nr. 283).

4. Das gleiche gilt für das Verhältnis zu *Portugal*. Vgl. das Kreisschreiben v. 14. August 1908 (B.-B. 08 IV, 628).

5. Die *niederländische* Regierung hat sich mit diesem Verfahren ebenfalls einverstanden erklärt, mit der Abweichung jedoch, dass die niederländischen Vormundschaftsbehörden nur mit *einem* schweizerischen Konsul verkehren sollen, demjenigen von Rotterdam. Vgl. Kreisschreiben vom 5. März 1907 (l. c., S. 910).

6. Weitere offizielle Mitteilungen über den Verkehr mit den Vormundschaftsbehörden der anderen Konventionsstaaten sind bisher nicht erfolgt.

III. *Schon hier muss darauf hingewiesen werden, dass der direkte Verkehr zwischen den Behörden eingeführt werden sollte.*

Es wäre durchaus praktisch, wenn in allen Fällen von den schweizerischen Gemeindebehörden die Vermittlung der hiesigen ausländischen Konsulate in Anspruch genommen würde, welche dann ihrerseits mit den heimatlichen Vormundschaftsbehörden zu verhandeln hätten. Die Konsulate erhalten auch viel eher Antwort von den auswärtigen Behörden als die internen Gemeinderäte, die in der Schweiz regelmässig die Vormundschaft besorgen.

§ 57. Die exzeptionelle Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörden zur Anordnung und Führung der Vormundschaft.

I. *Zunächst ist festzustellen, dass in der vorliegenden Konvention, nicht, wie es in der Ehescheidungskonvention geschieht, dem nationalen Staat der Wohnsitzstaat gegenübergestellt wird, sondern derjenige Staat, in welchem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt (sa résidence habituelle) hat.*

1. Dieses Vorgehen der Konvention erklärt sich aus der Tatsache, dass der Minderjährige keinen selbständigen Wohnsitz hat. Die Anknüpfungsmomente, die für den Wohnsitz des Minderjährigen massgebend sind, sind aber in den einzelnen Rechten verschieden. Nach schweizerischem Recht z. B. (Art. 4 al. 3, B.-G. N. & A.) gilt als Wohnsitz der unter Vormundschaft stehenden Person ipso jure der Sitz der Vormundschaftsbehörde, nach anderen Rechten, z. B. dem italienischen, der Wohnsitz des Vormundes. Nach deutschem Recht endlich (§ 8 B. G.-B.) kann der Minderjährige ohne den Willen des Vormundes einen Wohnsitz weder begründen, noch aufheben; immerhin aber kann der Vormund dem Mündel die Begründung eines von seinem eigenen unabhängigen Wohnsitzes gestatten.

2. Abgesehen von dieser Verschiedenheit der Anknüpfungsbegriffe, auf deren Ausgleichung die Konvention keinen Einfluss hatte, kommt noch in Betracht, dass sie in den Hauptfällen, die für die Konvention in Frage kommen, gar nicht anwendbar sind; denn es kann nicht auf den Sitz der Vormundschaftsbehörde bezw. den Wohnsitz des Vormundes abgestellt werden, wenn und solange noch gar nicht sicher ist, welche Behörde kompetent bezw. wer als Vormund zu bezeichnen ist.

Die Konvention musste daher statt an den Rechtsbegriff des Domizils an den mehr faktischen Begriff des tatsächlichen Aufenthalts anknüpfen. Sie tat dies mit vollem Bewusstsein, und in der Absicht, den angedeuteten Schwierigkeiten zu entgehen. Zu diesem Zweck wurde auch der Ausdruck „domicile“ in der definitiven Redaktion durch „résidence habituelle“ ersetzt (Actes 1894, S. 94). In diesem Sinne ist es also zu verstehen, wenn im folgenden vom Aufenthaltsstaat des Minderjährigen gesprochen wird.

II. *Nach der Konvention steht dem Aufenthaltsstaat in einzelnen Fällen das Recht zu, eine Vormundschaft anzuordnen.*

1. Diese exzeptionelle Befugnis tritt in folgenden Fällen ein:

a) wenn die lex patriae des Minderjährigen die Anordnung einer Vormundschaft für den Fall, dass der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande hat, im Heimatstaat selber überhaupt nicht vorsieht und der Heimatstaat auch seine diplomatischen oder konsularischen Vertreter im Auf-

enthaltsstaate nicht ermächtigt, die vormundschaftliche Fürsorge zu übernehmen (Art. 2).

b) im gleichen Falle, wenn zwar der Heimatstaat seine diplomatischen oder konsularischen Vertreter im Aufenthaltsstaat hierzu ermächtigt, letzterer aber einer solchen Kompetenz widerspricht.

c) wenn nach der lex patriae ein Bevormundungsfall vorliegt, gleichgültig, ob er nach dem Gesetz des Aufenthaltsstaates ebenfalls gegeben ist oder nicht, und entweder die Behörden im Heimatstaat selber oder die diplomatischen bezw. konsularischen Vertreter im Aufenthaltsstaat zur Anordnung und Führung der Vormundschaft zuständig sind, aber aus irgendwelchen Gründen auf deren Besorgung verzichten (Art. 8). Dies kann dann zutreffen, wenn spezielle Interessen des Mündels berücksichtigt werden müssen, z. B.

α) der Mündel hat im Aufenthaltsstaat ein Geschäft,

β) eine dort wohnende Person soll zum Vormund bestellt werden.

2. Mit dieser Bestimmung der Konvention wurde nicht etwa, wie gegenüber dem nationalen Staate, eine überstaatliche Verpflichtung zur Anordnung der Vormundschaft statuiert. Entscheidend ist, ob die Gesetzgebung des Aufenthaltsstaates die Vormundschaft vorschreibt. Es liegt also eine Permissivnorm zugunsten des Aufenthaltsstaates vor und keine überstaatliche Imperativnorm. Eine andere Regulierung der Sache lässt sich auch von dem der Konvention zugrunde liegenden Nationalitätsprinzip aus nicht wohl vertreten; denn wenn der nationale Staat eine Vormundschaft nicht anordnet, geht es nicht an, dem Wohnsitzstaat die Anordnung einer solchen anzubefehlen; es kann hier nur auf dessen eigene Kollisionsnorm abgestellt, und es muss ihm die Fakultät gelassen werden, anzuordnen, was *er* will.

III. *Nun ist aber wohl zu beachten, dass auch dann, wenn die Aufenthaltsbehörden die Vormundschaft anordnen und führen, Zeitpunkt und Gründe für den Beginn, sowie für die Beendigung der Vormundschaft sich in allen Fällen nach dem Gesetze des nationalen Staates des Minderjährigen richten.*

Art. 5 ist ganz kategorisch. Daraus folgt:

1. der Aufenthaltsstaat kann die Vormundschaft nur einleiten, gestützt auf die Gründe des nationalen Rechtes, mögen auch für alle andern Fragen die Gesetze des Aufenthaltsstaates massgebend sein.

2. indem der Aufenthaltsstaat von dem erwähnten Rechte, eine Vormundschaft einzuleiten, Gebrauch macht, erscheint er nur als Delegatar des nationalen Staates. Er kann nach den früher vorgeführten Beispielen damit in die Lage kommen, eine Massregel zu ergreifen, die im Widerspruch mit den Gesetzen des Aufenthaltsstaates steht.

IV. *Obschon in den erwähnten Fällen der Aufenthaltsstaat die Vormundschaft angeordnet und ausgeführt hat, ist gleichwohl ein weiterer Vorbehalt zugunsten des nationalen Staates gemacht.*

1. Der nationale Staat hat das Recht, diese Vormundschaft nach Belieben ihm wieder abzunehmen. (Art. 4, 1.) Immerhin ist bezüglich des Zeitpunktes dieser Änderung eine besondere Norm erlassen. (Art. 4,3.) Es bestimmt sich nämlich der Zeitpunkt, in welchem die ältere Vormundschaft endigt, nach der Gesetzgebung des Staates, in dessen Gebiet sie angeordnet war.

2. Da sich nach Art. 5 der Zeitpunkt für Beginn, sowie für Beendigung der Vormundschaft in allen Fällen nach dem Gesetz des Heimatstaates bestimmt, scheint hierin ein Widerspruch zu Art. 4, 3 zu liegen, in Wahrheit ist dies aber nicht der Fall.

Durch Art. 4 soll für den Aufenthaltsstaat nur die Möglichkeit geschaffen werden, bei diesem ausserordentlichen Beendigungsfall einer Vormundschaft zu bestimmen, in welchem Zeitpunkt die Vormundschaft geschäftlich an die Behörden des Heimatstaates *übergeht* und damit im Aufenthaltsstaat ihr Ende erreicht. (Botschaft B.-R. S. 890.) Art. 4 handelt also nur von der *Hinüberleitung* der Vormundschaft als Funktion von den Behörden des Aufenthaltsstaates an die des nationalen Staates. Art. 5 versteht dagegen unter „Beendigung der Vormundschaft“ den *Untergang* der Vormundschaft im konkreten Fall überhaupt. Diese Auffassung ergibt sich auch klar aus dem französischen Originaltext, der, im Gegensatz zur deutschen Übersetzung, an den beiden Stellen nicht die identischen Ausdrücke gebraucht. In Art. 4 heisst es: La législation de l'Etat où l'ancienne

tutelle était organisée décide à quel *moment* cette tutelle *cesse* = hört auf und in Art. 5: Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et *prend fin* (= nimmt überhaupt ein Ende), aux *époques* et pour les causes déterminées par la loi nationale. Vgl. dazu J. H. Schweiz. J.-Z. 1906, Nr. 20, S. 254).

V. *Es sind noch einige Details anzubringen hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem die nach Art. 3 im Aufenthaltsstaat für einen Ausländer angeordnete Vormundschaft endigt, wenn in dessen nationalem Staate eine neue Vormundschaft nach Art. 1 und 2 angeordnet wird.*

Der Rechtszustand ist folgender:

1. *Deutsches Reich.* Der ältere Vormund ist zur Fortführung der Vormundschaft berechtigt, bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt hat oder sie kennen muss (B. G.-B. §§ 1893, Abs. 1, 1682).

Frankreich. Die Vormundschaft des früheren Vormundes endigt mit dem Zeitpunkt, wo ihm die Ernennung des neuen Vormundes notifiziert wird; findet die Ernennung des neuen Vormundes in Gegenwart des früheren Vormundes statt, so endigt die ältere Vormundschaft mit diesem Tage (arg. C. c., Art. 418).

Luxemburg. Die Vormundschaft des frühern Vormunds endigt, sobald er von der Ernennung des neuen Vormundes in Kenntnis gesetzt wird.

Niederlande. Der Erlass bezüglicher Bestimmungen ist in Aussicht genommen.

Rumänien. Keine Bestimmungen.

Schweden. Die ältere Vormundschaft endigt, sobald das Vormundschaftsgericht von der Einsetzung der neuen Vormundschaft in Kenntnis gesetzt wird (Gesetz vom 8. Juli 1904, Kap. 4, § 4).

Anmerkung.

Bezüglich der Detailfrage, die unter V erörtert ist, erteilte die italienische und portugiesische Regierung dem Bundesrat keine Auskunft.

§ 58. Die provisorischen Massregeln.

I. *Die zuständigen Ortsbehörden sind laut Art. 7, solange die nationale Vormundschaft noch nicht angeordnet ist, sowie in allen dringenden Fällen befugt, die zum Schutze der Person und der Interessen des minderjährigen Ausländers erforderlichen Massregeln zu treffen.*

1. Eine solche Vorschrift ist erforderlich, weil durch die Mitteilung des Vormundschaftsfalles an die Heimatbehörde und die mit dieser zu führende Korrespondenz viel Zeit verstreicht, und zwar gerade diejenige, in welcher oft mit möglichster Beschleunigung, vielleicht unter Beobachtung gesetzlicher peremtorischer Fristen, wichtige Massregeln zu treffen sind. Man denke z. B. an die Aufnahme eines Inventars, den dringlichen Verkauf von Liegenschaften, von Titeln an der Börse, an die Erklärung über Antritt oder Ausschlagung der Verlassenschaft etc. Diese provisorischen Massregeln können sich auf alles erstrecken, also auch auf die Bestellung eines provisorischen Vormundes, nur nicht auf die definitive Ernennung eines Vormundes. Dieser Ansicht ist auch das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement. Es führt in dem angeführten Schreiben zutreffend aus: die in Art. 7 vorgesehenen Massregeln sind wohl alle diejenigen, die zur Wahrung der Interessen des Minderjährigen erforderlich sind, auch die Bestellung eines Vormundes, nur die Anordnung einer definitiven Vormundschaft ist vorzubehalten.

2. Wenn man nun auch juristisch diese Massregeln nie als eine definitive Vormundschaft im Sinne der Konvention bezeichnen kann, so muss doch gesagt werden:

a) jene Massregeln können eine sehr lange Dauer haben. Eine zeitliche Beschränkung, wie z. B. in Art. 6 der Ehescheidungskonvention besteht hier nicht.

b) das ganze Vorgehen des Aufenthaltsstaates ist durchaus zulässig im äusseren Rahmen der Vormundschaft.

Hier liegt denn auch der Rechtstitel, kraft dessen viele Schwierigkeiten der Konvention, über welche man sich in der Schweiz beschwert, gehoben werden können.

II. *Den provisorischen Massregeln im Sinne des Art. 7 kommt eine hohe Bedeutung zu, wie sich weiter ergeben wird.*

1. Die fraglichen Massregeln sind zulässig:

a) vor Anordnung der Vormundschaft im nationalen Staate,

b) während der Existenz der Vormundschaft im nationalen Staate. Dies ergibt sich aus der Textesfassung des Art. 7, der die Nichtanordnung der Vormundschaft auf gleiche Linie stellt mit „allen dringenden Fällen“.

2. Darnach wäre es statthaft, eine provisorische Massregel im Aufenthaltsstaate anzuordnen, weil der Vormund sich in einem weit entfernten Staate befindet.

Ferner ist hier daran zu erinnern, dass ein Pfleger im Sinne des § 1909 B. G.-B. bestellt werden dürfte. Die deutsche Denkschrift sagt hierüber folgendes:

> Nach Art. 7 sind die örtlichen Behörden, solange eine Vormundschaft nicht angeordnet ist oder wenn ein sonstiges dringendes Bedürfnis hervortritt, befugt, die Massregeln zu treffen, die zum Schutze der Person und des Vermögens des Mündels erforderlich sind. Es wird namentlich auch zu geschehen haben, wenn der ausländische Vormund aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen, z. B. wegen weiter Entfernung seines Aufenthaltes, am rechtzeitigen Eingreifen verhindert ist. Zu den hiernach zulässigen Massregeln kann je nach den Umständen auch die Bestellung eines Pflegers (§ 1909 B. G.-B.) gehören. Über den Artikel 23 des E.-G. z. B. G.-B. geht die Bestimmung insofern hinaus, als sie es ermöglicht, auch dann, wenn eine Vormundschaft im Ausland angeordnet ist, vorläufige Massregeln zu treffen.

3. Die Massnahmen, um welche es sich hier handelt, sind nach Art. 9 ferner nicht nur bezüglich solcher Minderjähriger zulässig, die im betreffenden Staat ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (vgl. Art. 2 und 3), sondern bezüglich *aller* Minderjährigen der Konventionsstaaten. Wenn also z. B. in der Schweiz ein Italiener stirbt, dessen minderjährige Kinder in Frankreich wohnen, kann die Schweiz bezüglich des hinterlassenen, in der Schweiz gelegenen Vermögens, solange die nationale Vormundschaft nicht besteht oder in dringenden Fällen überhaupt, vormundschaftliche Massnahmen treffen. Oder — dies Beispiel bringt die Botschaft des Bundesrates (B.-B. 1904 V, S. 891 — ein Deutscher, der Vermögen in der Schweiz besitzt, aber in England (einem Nichtkonventionsland) wohnt, stirbt unter Hinterlassung von Minderjährigen, für welche der Bevormundungsfall gegeben ist. Dann können die schweizerischen Behörden, unter Anzeige an die deutschen Behörden, die erforderlichen Massnahmen zum Schutz des Vermögens der Minderjährigen treffen.

Man darf nicht sagen, dass kraft dieser Auslegung die nationale Vormundschaft ausser Kurs gesetzt oder illusorisch gemacht werde. Der nationale Staat tritt nicht in die rechtliche Lücke, die Interessen des Mündels aber müssen gewahrt werden.

III. *Die Konvention spricht nur von der zuständigen Ortsbehörde. Indem sie dies tut, überlässt sie es den Gesetzen des Aufenthaltsstaates, zu bestimmen, welche Ortsbehörden zuständig sind.*

In dieser Beziehung ist auf die tabellarischen Zusammenstellungen in den betreffenden Kreisschreiben des Bundesrates zu verweisen. Hiernach sind zuständig in

Deutschland:

die Amtsgerichte (B. G.-B. § 1846; Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 44; Einführungsgesetz zum B. G.-B., Art. 23 Abs. 2); in Württemberg, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und in Hamburg die nach Art. 147 des Einführungsgesetzes zum B. G.-B. zuständigen Behörden.

Belgien:

1. der Friedensrichter (juge de paix) für die Versiegelung der Erbschaft;

2. der Staatsanwalt (procureur du Roi) kann beim Gericht die ihm dienlich scheinenden Massnahmen, insbesondere die Ernennung eines provisorischen Beistandes (administrateur provisoire) beantragen; das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen. (Kreisschreiben des belgischen Justizministers vom 10. August 1905.)

Frankreich:

die gleichen Behörden wie für die Anordnung der ordentlichen Vormundschaft (vgl. insbesondere das Urteil des Appellationshofes Rennes, vom 23. April 1823, Dalloz, Jurispr. générale v° Absence n. 563 n. 1 und das Urteil des Appellationshofes Paris, vom 28. Juli 1809).

Luxemburg:

die Gemeindebehörden, die Regierung, oder besondere gerichtliche Bevollmächtigte.

Niederlande:

hier bestehen keine besonderen Bestimmungen.

Rumänien:

das rumänische Recht sieht für ausländische Minderjährige keine vorsorglichen Massnahmen vor.

Schweden:

das Gericht erster Instanz, resp. der Vorsitzende dieses Gerichts.

Portugal:

der Waisenkurator; seine Funktionen werden in allen Gerichtsbezirken mit Ausnahme von Lissabon und Tetro durch die Organe der Staatsanwaltschaft ausgeübt.

Italien:

in der Regel der Prätor (Art. 250 C. c.; Art. 849, Ziffer 2, und 866 des C. di procedura civile); der Gerichtspräsident kann die Aufnahme des Kindes in eine ehrbare Familie oder in eine Anstalt anordnen (Art. 114 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit vom 23. Dezember 1888).

Von *Spanien* ist noch keine Auskunft eingegangen (B.-B. 1908 IV, S. 629).

IV. *Eine überstaatliche Verpflichtung des Aufenthaltsstaates zur Anordnung der hier besprochenen provisorischen Massregeln ist durch die Konvention nicht geschaffen worden.*

1. Diese Auffassung ergibt sich aus der redaktionellen Wendung des Art. 7 („können"). Es kommt auf das Recht des Aufenthaltsstaates an. Dies kann als ein Mangel bezeichnet werden, und zwar um so eher, als der Anreiz für den Aufenthaltsstaat, provisorische Massregeln anzuordnen, auch deshalb kein besonders grosser ist, weil er riskieren muss, dass seine Massnahmen von den nationalen Behörden wieder aufgehoben werden.

2. Bei der in Aussicht stehenden Revision der Konvention sollte daher überstaatlich eine Verpflichtung des Aufenthaltsstaates zu derartigen provisorischen Massregeln aufgestellt, andererseits aber auch dafür gesorgt werden, dass diese Massregeln vom Heimatstaat respektiert werden.

Anmerkung.

Art. 23 E.-G. zum D. B. G.-B. bestimmt:

Eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft kann im Inland auch

> über einen Ausländer, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt, angeordnet werden, wenn der Ausländer nach den Gesetzen dieses Staates der Fürsorge bedarf oder im Inland entmündigt ist.
>
> Das deutsche Vormundschaftsgericht kann vorläufige Massregeln treffen, solange eine Vormundschaft oder Pflegschaft nicht angeordnet ist.

Hiermit ist zu vergleichen § 1909 B. G.-B. Derselbe bestimmt:

> Wer unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber oder der Vormund verhindert ist, einen Pfleger......
>
> Die Pflegschaft ist auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist.

Die Anordnung der Pflegschaft wird im letzteren Falle gemäss § 1846 B. G.-B. durch das Vormundschaftsgericht erfolgen müssen.

§ 59. Das Verhältnis der Haager Konvention zu den bestehenden Staatsverträgen, speziell dem französisch-schweizerischen und dem italienisch-schweizerischen Staatsvertrag.

I. *Wenn auch die Konvention eine Rechtsunion zwischen einer grossen Zahl von Staaten begründet, so schliesst dieser Umstand nicht aus, dass zwischen einzelnen Staaten untereinander wieder Separatverträge existieren oder neu begründet werden.*

Soweit es sich um schon abgeschlossene Staatsverträge handelt, bleiben diese in Kraft, wenn sie der Konvention nicht widersprechen.

II. *Für die Schweiz kommen zwei Staatsverträge in Betracht.*

1. Der Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien vom 22. Juli 1868. O. S. IX, S. 706 ff. Er enthält zwar über die Vormundschaft keine *ausdrückliche* Bestimmung. Die Praxis hat aber den Art. 17 in Verbindung mit Art. IV des Protokolls dahin interpretiert, dass für die Vormundschaft über Minderjährige die lex patriae zur Anwendung komme. Vgl. Meili, Handbuch I, S. 343 und B.-Bl. 1889 II, S. 720 N. 23, 1884 II, S. 730 N. 19. Art. 17 lautet:

> Ist ein Italiener in der Schweiz gestorben, ohne bekannte Erben oder Testamentsvollstrecker zu hinterlassen, so werden die schweizerischen Behörden, denen nach den Gesetzen ihres Landes die Besorgung des Nachlasses obliegt, der italienischen Gesandtschaft oder dem italienischen Konsular-

> beamten, in dessen Bezirk der Tod stattgefunden hat, davon Anzeige machen, damit die Gesandtschaft oder das Konsulat den Beteiligten die nötige Auskunft erteilen kann.
>
> Die gleiche Anzeige wird von den kompetenten italienischen Behörden der schweizerischen Gesandtschaft oder dem schweizerischen Konsularbeamten gemacht werden, wenn ein Schweizer in Italien gestorben ist, ohne bekannte Erben oder Testamentsvollstrecker zu hinterlassen.
>
> Die Streitigkeiten, welche zwischen den Erben eines in der Schweiz verstorbenen Italieners hinsichtlich seines Nachlasses entstehen könnten, sollen vor den Richter des letzten Wohnortes, den der Italiener in Italien hatte, gebracht werden.
>
> Die Reziprozität findet bei Streitigkeiten statt, die sich zwischen den Erben eines in Italien verstorbenen Schweizers erheben könnten.

Angesichts der unklaren Schlussbestimmung musste ein spezielles Protokoll erhoben werden, das einen Teil des Staatsvertrages bildet. Art. IV desselben lautet:

> Die königliche Regierung gibt zu, dass nach dem von der schweizerischen Bundesversammlung in bezug auf das letzte Alinea des Art. 17 des obgenannten Vertrages ausgesprochenen Vorbehalt die Streitigkeiten, welche zwischen den Erben eines in Italien verstorbenen Schweizers hinsichtlich seines Nachlasses entstehen könnten, vor den Richter des Heimatortes des Erblassers gebracht werden sollen.

2. Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869 (A. S. IX, S. 1002 ff.) enthält über die Vormundschaft in Art. 10 folgende Bestimmung:

> Für minderjährige und bevormundete Schweizer, die in Frankreich wohnen, gilt die vormundschaftliche Gesetzgebung ihrer Heimatkantone, und in gleicher Weise gilt für minderjährige und bevormundete Franzosen, die in der Schweiz wohnen, das französische Gesetz.
>
> Es sollen daher Streitigkeiten über die Einsetzung einer Vormundschaft oder über die Verwaltung des Vermögens von Minderjährigen und Bevormundeten vor die

kompetente Behörde des Heimatlandes gebracht werden, mit Ausschluss jedoch von Streitigkeiten über Immobilien, bei welchen die Gesetze der gelegenen Sache ihre Anwendung finden, soweit nicht konservatorische Massregeln notwendig werden, welch letztere dem Richter des Wohnortes zustehen.

III. *Da beide Staatsverträge ebenso wie die Konvention, auf dem Boden der lex patriae stehen, so erleiden die Beziehungen der Schweiz zu Frankreich und Italien auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts prinzipiell keine Änderung.*

Im einzelnen ist bezüglich des französisch-schweizerischen Staatsvertrages folgendes zu bemerken:

1. er geht insofern weiter als die Konvention, als Art. 10 auch die Frage des Forums für Streitigkeiten über die Vormundschaft regelt, was die Konvention nicht tut.

2. Art. 6 der Konvention bringt eine Änderung gegenüber Art. 10 des Staatsvertrages. Nach Art. 6 erstreckt sich die vormundschaftliche Verwaltung gemäss lex patriae auf das gesamte Mündelvermögen, ohne Rücksicht auf seine Lage, d. h. auch auf Immobilien, mit einziger Ausnahme solcher Grundstücke, die nach der lex rei sitae einer besonderen Güterordnung unterliegen (z. B. Fideikomnisse, Lehen, Bauerngüter). Art. 10 des Staatsvertrages bestimmt, dass mit Bezug auf Streitigkeiten in Vormundschaftssachen über Immobilien ganz allgemein die Gesetze der gelegenen Sache Anwendung finden. Hiermit ist nicht nur gemeint, dass die ausserhalb des Heimatstaates liegenden Immobilien den am Ort ihrer Lage mit Bezug auf Immobilien als solche geltenden Gesetzen unterliegen — dies ist die Auslegung von Curti, Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, Zürich 1879, S. 121/3 — sondern dass die Ausübung der Vormundschaft selbst, soweit auswärtige Grundstücke in Frage kommen den Gesetzen der gelegenen Sache unterstehe, z. B. bezüglich der Frage der Veräusserung des unbeweglichen Mündelvermögens.

Durch Art. 6 der Konvention ist diese Beschränkung grundsätzlich aufgehoben.

IV. *Die zitierten Staatsverträge kommen, solange die Konvention besteht, für die Vormundschaft faktisch in der Hauptsache nicht mehr in Betracht, allein sie sind auch nicht als aufgehoben anzusehen. Speziell*

verbleiben einzelne Bestimmungen des französisch-schweizerischen Staatsvertrages mit und neben der Konvention in Kraft.

1. Ein Widerspruch zwischen den erwähnten Staatsverträgen und der Konvention besteht nicht:

a) hinsichtlich des in Art. 20 festgestellten vereinfachten Verkehrs der Behörden durch die Konsuln. Dieser bleibt aufrecht. Auf Grund der Konvention findet ein solcher nicht ohne weiteres statt: Es bedarf hier besonderer Abmachungen.

b) das Forum für Streitigkeiten bleibt weiter bestehen.

2. Die bisherigen international geschaffenen Verhältnisse bedürfen im Falle der Kündigung der Konvention einer neuen Regulierung nicht: jene wachen aus ihrem latenten Zustand wieder vollständig auf.

§ 60. Die weitere Einwirkung der Konvention auf das schweizerische Recht.

J. H., Die Beeinflussung des eidgenössischen Vormundschaftsrechts durch die dritte Haagerkonvention in Sch. J.-Z. II 1906, Nr. 19 u. 20.

I. *Soweit nicht Staatsverträge bestehen, führt die Konvention Änderungen vielfacher Art herbei.*

1. Eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes tritt nur ein in den Beziehungen zu den Konventionsstaaten. Bezüglich der anderen Staaten gilt das bisherige Recht.

2. Die Modifikationen beziehen sich ferner nicht auf das Vormundschaftsrecht überhaupt, sondern nur auf die Vormundschaft über Minderjährige. Bezüglich der anderen Arten von Vormundschaften, wie z. B. über Geisteskranke, Verschwender, Abwesende etc. bleibt es beim bisherigen Rechtszustand.

3. Für die in der Schweiz wohnhaften Ausländer galt bisher gemäss Art. 10 B.-G. N. u. A. in Verbindung mit Art. 32 eod. das Wohnsitzprinzip. Dabei ist aber wiederum auf Art. 33 zu verweisen. Dies ist jetzt nach Art. 1 der Konvention umgekehrt, es gilt die lex patriae.

4. Was die Stellung der im Ausland wohnhaften Schweizer anbetrifft, so ist folgendes zu sagen:

a) Art. 28, Ziffer 1, B.-G. N. u. A. wird im Verhältnis zu den Konventionsstaaten gegenstandslos, da eben für Schweizer im Auslande die lex patriae und nicht das ausländische Recht gilt.

Fraglich ist, wie es mit den Liegenschaften steht. Nach Art. 28 Ziffer 1 i. f. unterliegen Schweizer im Ausland bezüglich ihrer in der Schweiz gelegenen Liegenschaften dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons, der nicht notwendig mit dem Ort der gelegenen Sache identisch ist. Art. 6 Abs. 2 der Konvention (vgl. oben § 53) stellt aber auf den Ort der gelegenen Sache ab. Allerdings sind die durch Art. 6 Abs. 2 vorbehaltenen Immobilien (Lehen, Fideikommisse, Bauerngüter) für die Schweiz nicht von grosser praktischer Bedeutung. Aber prinzipiell ist zu sagen, dass der Anerkennung dieser Unterstellung unter Recht und Gerichtsstand des Heimatkantons von Konventions wegen kein Hindernis entgegensteht; denn die Ausnahme zugunsten der lex rei sitae ist eine Konzession an den Staat der gelegenen Sache. Wenn dieser darauf verzichtet und die Herrschaft der lex patriae auch bezüglich der Liegenschaften anerkennen will, so kann die Konvention von ihrem prinzipiellen Standpunkt nichts hiergegen einwenden.

b) Art. 29 B.-G N. u. A. bleibt von der Konvention unberührt. Zwar wird auf Grund dieses Artikels die Vormundschaft über einen die Schweiz *verlassenden* Schweizer gemäss Art. 10 in der Regel von der Vormundschaftsbehörde seines letzten Wohnsitzes in der Schweiz *weitergeführt* werden, während die Vormundschaft, wenn sie über einen in einem Konventionsstaat ansässigen Schweizer *angeordnet* würde, von der Behörde der *Heimat*gemeinde angeordnet würde. Die Frage, welche Behörden innerhalb des Heimatstaates kompetent sind, diejenigen der Heimatgemeinde oder des — irgendwie qualifizierten — Wohnsitzes im Heimatstaat, ist jedoch eine von der Konvention unabhängige, rein interne Frage der lex patriae. Art. 29 wird daher nicht berührt.

c) Art. 30 B.-G. N. u. A., der sich aber nicht nur auf die Vormundschaft über Minderjährige bezieht, entspricht den Grundsätzen der Konvention.

5. Das B.-G. von 1881 betreffend die Handlungsfähigkeit bestimmt in Art. 10, Absatz 2 und 3:

> Die persönliche Handlungsfähigkeit der Ausländer richtet sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören.
>
> Wenn jedoch ein nach dem Rechte seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer in der Schweiz Verbindlichkeiten eingeht, so wird er verpflichtet, insofern er nach schweizerischem Rechte handlungsfähig wäre.

Ebenso bestimmt Art. 7, Absatz 1 und 3 des E.-G. zum D. B. G.-B.:

> Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört.
>
> Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so gilt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde. Auf familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte sowie auf Rechtsgeschäfte, durch die über ein ausländisches Grundstück verfügt wird, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

In fast wörtlicher Anlehnung an diese Vorschrift des deutschen Rechtes bestimmt Art. 61, Ziffer 7 b Schl.-T. des Z.-G.-B.:

> Ein handlungsunfähiger Ausländer, der in der Schweiz ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann sich auf seine Unfähigkeit nicht berufen, wenn er nach schweizerischem Recht zur Zeit des Abschlusses handlungsfähig gewesen wäre.
>
> Auf familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte, sowie auf solche, durch die über ein im Ausland liegendes Grundstück verfügt wird, findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Es fragt sich nun, ob diese Bestimmung des Bundesgesetzes von 1881 bezw. des Z.-G.-B. durch Art. 5 der Konvention modifiziert werde. Es wurde behauptet, dass gegenüber minderjährigen Ausländern, die nach ihrem Heimatrecht noch bevormundet sind, nach schweizerischem Recht aber bereits volljährig sind, die betreffenden Bestimmungen nicht angerufen werden können. Dieser Standpunkt geht aber fehl. Aus Art. 5 der Konvention lässt er sich nicht herleiten. Dieser besagt nur, dass sich der Zeitpunkt der Beendigung

der Vormundschaft nach dem nationalen Recht richtet, verwehrt aber den internen Gesetzen nicht, zum Schutze der Verkehrssicherheit gewisse Vorkehrungen zu treffen. Die Bestimmung des Art. 10, Absatz 2 und 3 des B.-G. von 1881, sowie die entsprechende des Z.-G.-B. setzt gerade die Anerkennung der Minderjährigkeit nach nationalem Recht voraus und ordnet an, dass *trotzdem* im Interesse des Verkehrs die von den betreffenden Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfte als gültig zu betrachten seien. In diesem Sinne spricht sich auch die deutsche Denkschrift (S. 48) aus, die ausdrücklich erklärt, dass die in Art. 7, Abs. 3 E.-G. zum B. G.-B. enthaltene Vorschrift über die Geschäftsfähigkeit der Ausländer unberührt bleibe. Das Gleiche behauptet für das schweizerische Recht J. H. a. a. O., Nr. 20.

Anmerkung.

J. H. bemerkt in dem zitierten Artikel:

Aufzuwerfen wäre dabei die Frage, ob hier auf der Wendung „Recht der belegenen Sache“ in Art. 6 Abs. 2 der Konvention Gewicht liegt oder ob der Schweiz mit ihren divergierenden Partikularrechten gestattet ist, gemäss Art. 28, Ziffer 1 N. und A. den Gerichtsstand und das Recht des Heimatkantons zu substituieren. Für Bejahung der Frage spricht der Umstand, dass die Schweiz in der Konvention den mitkontrahierenden Staaten gegenüber als Einheit auftritt, dass so ihr Territorium auch als ein Ganzes erscheint und dass den andern Konventionsstaaten es grundsätzlich gleichgültig sein kann, wie sich die Schweiz in Ausführung der Konvention mit ihrer internen Rechtszerrissenheit abfindet; Zweck der Konvention ist ja nur die Regelung internationaler Gesetzeskonflikte. Auf der anderen Seite spricht für Verneinung der Frage der Zweckgedanke der Ausnahmebestimmung des Art. 6 Abs. 2, der offenbar gar nichts weniger als ein Zugeständnis an das Wohnsitzprinzip sein will (obschon Wohnsitz des Mündels und der Ort der gelegenen Sache oft zusammentreffen werden), sondern ein Zugeständnis gegenüber den mit dem modernen internationalen Leben in Widerspruch stehenden wenigen immobilienrechtlichen Rechtsaltertümern der einzelnen Staaten. Vgl. übrigens oben § 53.

§ 61. Die Anfechtung der Konvention in der Schweiz und das Postulat der Kündigung.

Nägeli, Die internationale Regelung der Vormundschaft über Minderjährige, in Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung X, S. 37 ff.

I. *Gegen die Konvention setzte von Anfang an in der Schweiz eine heftige Opposition ein; sie verdichtete sich schliesslich zu offiziellen Kundgebungen, die beim Bundesrat die Kündigung der Konvention auf den nächsten offenen Termin beantragten.*

Es ist speziell folgendes Material zu erwähnen:

1. die Eingabe des Waisenamtes und des Stadtrates Zürich an den Regierungsrat des Kantons Zürich vom 21. April/1. Mai 1909.

2. die Eingabe der Regierung des Kantons Baselstadt an den Bundesrat vom 4. März 1909, abgedruckt im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung X, S. 71 ff.

3. die Eingabe des schweizerischen Städteverbandes an den Bundesrat vom 12. Oktober 1909.

Die Eingabe des Städteverbandes ist die interessanteste; denn sie enthält auf Grund einer vom schweizerischen Städteverband veranstalteten Erhebung reiches Tatsachenmaterial, aus dem sich ergibt, dass sich viele Gemeindebehörden, z. B. Chaux-de-Fonds, Locle, Schaffhausen, St. Gallen, Wädenswil, Zug überhaupt nicht an die Konvention halten, sondern die Vormundschaft über minderjährige Angehörige von Vertragsstaaten nach wie vor durchweg und ausschliesslich nach ihrem kantonalen Recht behandeln. Dies ist natürlich ein unhaltbarer Zustand.

II. *Die Kritik warf sich auf die Bemängelung des Grundsatzes des nationalen Rechtes* (lex patriae), *und sie pries die Geltung des Wohnsitzrechtes.*

Als Ideal wird hingestellt, dass der Sitz der Vormundschaftsbehörde, des Vormundes und des Mündels und der Geltungsbereich der über ihnen stehenden Rechtsnormen möglichst vollständig zusammenfallen. Als die Regelung, die diesem Ideal am nächsten kommt, wird die bisher durch das B.-G. N. u. A. aufgestellte bezeichnet.

1. Dabei wurde das Wesen des schweizerischen B.-G. völlig verkannt, indem bezüglich der Schweizer, die im Auslande wohnen, zu betonen ist:

a) subsidiär huldigt die Schweiz dem nationalen Recht (Art. 28 B.-G. N. u. A.).

b) Art. 29 und 30 B.-G. entsprechen dem erwähnten Ideal nicht, vgl. übrigens oben § 49. Man findet es ganz natürlich, dass das Ausland auf Schweizer, die dort leben, das schweizerische Privatrecht anwendet: dort denkt man im Sinne des nationalen Rechtes. Allein ebenso logisch und sachlich

zutreffend ist es, dass das Ausland auch seine eigenen Angehörigen, die in der Schweiz leben, nach diesem nationalen Rechte behandelt sehen will. Der Völkerverkehr ruht ganz wesentlich auf dem Boden gegenseitigen Entgegenkommens. Man darf daher nicht auf der einen Seite die Anerkennung seines eigenen Rechtes verlangen und dann, wenn das Gegenbild in Frage steht, die Anerkennung des ausländischen Rechtes versagen.

2. Bezüglich der Ausländer in der Schweiz gilt der Vermittlungsgrundsatz des Art. 33, vgl. oben § 49.

Hiernach haben es also die auswärtigen Staaten, sofern sie Gegenrecht halten, auch ohne die Konvention in der Hand, für ihre Staatsangehörigen das nationale Recht zur Anwendung zu bringen. Allerdings ist richtig, dass Art. 33 B.-G. N. u. A. rein internes Recht der Schweiz ist und daher von ihr auch einseitig aufgehoben bezw. abgeändert werden kann.

3. An dem richtig verstandenen Rechte der Schweiz gemessen mag auch der Satz der Eingabe des Waisenamtes der Stadt Zürich beurteilt werden, dass die schweizerischen Delegierten „mit aller Zähigkeit" (Seite 38 unten) den Standpunkt hätten vertreten müssen, dass dem Wohnsitzrecht die Vorherrschaft gewahrt werden solle. Demgegenüber ist festzustellen, dass darauf die Instruktion des Bundesrates nicht gerichtet war, sie ging dahin, eine gewisse Berücksichtigung des Domizilrechtes zu sichern. Die Delegierten mussten sich naturgemäss an diese Instruktion halten. Übrigens ist und bleibt es sehr naiv, zu glauben, dass die Schweiz in der Lage sei, ihre eigenen Anschauungen, die übrigens früher (vor Erlass des B.-G. N. u. A.) entgegengesetzt gelautet haben, den anderen Staaten so leichthin beizubringen. Sie haben nun einmal die Ansicht, dass die Betonung des nationalen Rechtes in bestimmten Materien und speziell auch im Vormundschaftsrechte zutreffender sei, und theoretisch lässt sich kaum bestreiten, dass die lex patriae in denjenigen Materien empfehlenswert ist, die mit dem persönlichen Bande zu dem Staat, speziell auch mit dessen Unterstützungspflicht zusammenhängen. Die praktische Wirkung ist nur in den verschiedenen Staaten eine eigenartige, und speziell in der Schweiz ist sie eine sehr ungünstige.

III. *Es ist völlig verkannt worden, dass trotz einer Kündigung der Konvention die mit Italien und Frankreich bestehenden Verhältnisse über das internationale Vormundschaftsrecht in Kraft bleiben.*

Franzosen und Italiener bilden aber in der Schweiz zusammen 45,8 % der Ausländerbevölkerung (30,5 + 15,3), gegenüber 43,9 %, die dem Deutschen Reich angehören. Es ist denn auch charakteristisch, dass sich die Kantone Genf und Waadt, in denen die Ausländerbevölkerung hauptsächlich aus Franzosen und Italienern besteht, gegen die Kündigung der Konvention ausgesprochen haben (vgl. Eingabe des Städteverbandes S. 5).

IV. *Der Kündigungstermin wurde unrichtig aufgefasst.*

Die Kündigung war nicht auf 17. Juli 1910 möglich, wie man geglaubt hatte, sondern sie ist erst auf 1. Juni 1914 zulässig, weil für das Inkrafttreten der Konvention nicht der Tag massgebend ist, an dem die Schweiz die Ratifikation im Haag hinterlegte (17. Juli 1905), sondern gemäss Art. 10 der Tag, an dem die *Mehrzahl* der Konventionsstaaten die Ratifikation hinterlegte (1. Juni 1904). Vgl. oben § 11.

Anmerkungen.

1. Wie sehr übrigens auch die Schweiz den Gedanken der lex originis interkantonal kultiviert, ergibt sich aus Art. 376 und 378 des neuen Z.-G.-B.

2. In dem Streite über die Kündigung der Vormundschaftskonvention wurde viel mit Schlagworten operiert. Auch die Gründe, welche ins Feld geführt wurden, zeichneten sich häufig durch mangelnde Sachkenntnis aus.

3. Silbernagel, Das schweizerische Zivilgesetzbuch und die Jugendfürsorge (Basel 1910) findet, es tue bitter not, dass das Wohnsitzprinzip das für die Vormundschaft massgebende Recht bestimme. Er führt S. 73 aus, man habe es in den 1890er Jahren mit Recht als einen glücklichen Fortschritt begrüsst, dass im interkantonalen Verkehr das Heimatsprinzip fallen gelassen wurde. „Unverständlicherweise seien die Bundesbehörden im Jahre 1905 davon abgegangen, als sie die Schweiz der Haager Konvention beitreten liessen, die für den internationalen Verkehr im Vormundschaftsrecht nun wieder dem Heimatsprinzip zur Geltung verhelfe."

§ 62. Die zu befürwortende Revision der Konvention.

I. *Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Konvention in manchen Beziehungen revisionsbedürftig ist.*

Eine Revision kann hier, wie zu hoffen steht, wohl auch erreicht werden, wie sie bei der Prozesskonvention durchgesetzt wurde. An-

statt die Vertragsuntreue zu predigen, sollte man alle Bestrebungen auf die Revision konzentrieren. Dies empfiehlt sich speziell auch mit Rücksicht auf das Inkrafttreten des Z.-G.-B. in der Schweiz. Denn wenn heute, wo man es noch mit 25 verschiedenen Zivilrechten zu tun hat, speziell die Nichtübereinstimmung der Vormundschaftsgründe in der schweizerischen und ausländischen Gesetzgebung sich sehr fühlbar macht, so ist anzunehmen, dass unter der Einheit des schweizerischen Zivilrechts die Situation doch eine bessere sein wird.

II. *Die Revision muss durch ein Memorial, das den Staaten vorzulegen ist, sorgfältig begründet werden.*

Im einzelnen ist zu sagen:

1. der Begriff der Vormundschaft, wie er in der Konvention verstanden wird, sollte möglichst genau festgestellt werden. Dies könnte z. B. in einem Schlussprotokoll geschehen.

2. sodann ist zu versuchen, ob der Aufenthaltsstaat nicht berechtigt erklärt werden sollte, nach seinem Rechte eine Vormundschaft einzuleiten, wenn die in Art. 3 vorgesehenen Eventualitäten vorliegen.

3. es ist dahin zu wirken, dass eine Vormundschaft oder wenigstens eine provisorische Vormundschaft angeordnet werden kann und muss, ohne Rücksicht auf das nationale Recht,

a) wenn das nationale Recht die Vormundschaft nicht verlangt, wohl aber das Domizilrecht,

b) wenn der nationale Staat keine Antwort gibt,

c) wenn der nationale Staat einen Verzicht ausspricht,

Dies wäre z. B. dann durchaus geboten, wenn die ökonomischen und sonstigen Interessen des Mündels im Domizilstaate liegen, oder kein Vermögen im nationalen Staate oder überhaupt kein Vermögen vorhanden ist. In diesem Falle handelt es sich eben um eine rein persönliche Fürsorge.

Zur Annahme eines solchen Verzichtes genügt freilich das blosse Nichtstun des nationalen Staates nicht.

4. wünschenswert ist auch die Statuierung der überstaatlichen Pflicht des Aufenthaltsstaates zu provisorischen Massregeln in dringlichen Fällen statt der bisherigen blossen Fakultät gemäss Art. 7.

5. gegenseitige Anerkennung der in diesem Sinne getroffenen Massregeln durch den Heimatstaat.

6. Berechtigung und Verpflichtung des Aufenthaltstaates überhaupt, in allen Fällen, in denen nach seinem eigenen Recht oder nach der lex patriae ein Bevormundungsgrund vorliegt, die Vormundschaft nach seinem eigenen Recht einzurichten, bis der Heimatstaat sich zur Übernahme erklärt und sie tatsächlich vollzieht oder darauf verzichtet. (Vgl. Postulat der nat.-rätl. Kommission vom 9. Juni 1910, N. Z. Z. vom 9. Juni 1910.)

7. grundsätzliche Anerkennung der vom Aufenthaltsstaat vollzogenen Massregeln durch den Heimatstaat.

8. Schaffung einer Zentralinstanz, die für eine einheitliche Auslegung in allen Konventionsstaaten sorgen könnte. Dies ist ein Postulat, das für alle Konventionen zutrifft.

9. Statuierung der Pflicht der Konventionsstaaten, sich gegenseitig über das bei ihnen geltende Recht authentische Auskunft zu erteilen.

Die Staaten verlangen, dass das Einschreiten davon abhängig gemacht werden solle, ob das nationale Recht es verlange, wann und unter welchen Umständen. Es sollte daher jeder Staat dem andern einen Fragebogen unterbreiten und seinerseits authentische Auskunft über das bei ihm geltende Recht erteilen. Diese Auskunft ist den beteiligten Behörden im internen Staate weiterzugeben.

10. Schaffung eines raschen einheitlichen und direkten Verkehrs der Vormundschaftsbehörden untereinander.

11. Fixierung der Haftpflicht der Behörden und des Vormundes, und zwar wird hier unterschieden werden müssen:

a) der normale Fall der Art. 1 und 2 und

b) der Fall des Art. 3.

II. *Abgesehen von diesen auf internationalem Boden zu erstrebenden Revisionspunkten ist es zum richtigen Funktionieren der Konvention erforderlich, dass jeder Staat die nötigen Erläuterungs-, Einführungs- und Vollziehungsbestimmungen erlässt.*

Für die Schweiz wird die Ausführung durch das neue Z.-G.-B. erleichtert. Es erschwert sich ihre Situation allerdings dadurch,

dass das Personal, das die Vormundschaften einrichtet und besorgt, regelmässig juristisch nicht gebildet ist.

Eine Auskunftspflicht der Staaten besteht auf Grund der Konvention nicht. Nirgends ist eine solche ausdrücklich statuiert. Als stillschweigend vereinbart ist sie gleichfalls nicht anzunehmen. Art. $4,_2$ der Eheschliessungskonvention kann nicht zur Unterstützung angerufen werden, denn bei jenem Artikel, der eine Auskunftspflicht zu statuieren scheint, wurde in der Konferenz ausdrücklich betont, dass die Heimatstaaten zur Ausstellung jener Ehefähigkeitszeugnisse nicht verpflichtet seien (Actes 1900, S. 222, 223).

Die Schaffung der Auskunftspflicht ist vielmehr ein dringender Revisionspunkt.

Anmerkungen.

1. Es ist leicht gesagt, die Schweiz solle sich von den internationalen Konventionen fern halten, sie ist vielmehr gezwungen, mit ihren Nachbarn in möglichst guten Beziehungen zu leben, und sie muss bei Verständigungen dieser Art mitmachen, zumal ihre Mission gerade darin besteht, sich im internationalen Rechte zu betätigen.

2. Die hier angeführten Revisionspunkte berücksichtigen hauptsächlich die in der Eingabe des Waisenamtes der Stadt Zürich vorgebrachten Beschwerden. Die Eingabe selbst allerdings postuliert keine Revision der Konvention, sondern deren Kündigung.

3. Es ist beachtenswert, dass auch Dungs: Sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht in seinen Anmerkungen zu Art. 1 bemerkt, dass dieser Artikel nach der Doktrin der Nationalität des Rechtes *unter Vernachlässigung praktischer Rücksichten* aufgestellt wurde; „besser, auch für den Mündel, wäre gewesen, das Gesetz des Landes anzuwenden, wo der Mündel seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat.“ Der Verfasser dieses Kommentars war s. Z. deutscher Delegierter im Haag, er zeigte aber damals nicht, dass er Anhänger des oben erwähnten Prinzips sei.

4 In der Eingabe des Waisenamtes Zürich ist (S. 10—12 unter Nr. 1—6 und 9) angegeben, worauf sich die unter II des § 62 erwähnte Auskunft zu beziehen hätte.

dem die Personen, daß die Vormundschaften eingerichtet und [illegible] [illegible] praktisch nicht schädlich ist.

Eine Auskunftspflicht der Staaten besteht auf Grund der Konvention nicht. Nirgends ist eine solche ausdrücklich statuiert. Als stillschweigend vereinbart ist sie gleichfalls nicht anzunehmen. Art. 4 der Eheschliessungskonvention kann nicht zur Unterstützung angerufen werden, denn bei jenem Artikel, der eine Auskunftspflicht zu statuieren scheint, wurde in der Konferenz ausdrücklich betont, dass die Heimatstaaten zur Ausstellung jener Ehefähigkeitszeugnisse nicht verpflichtet seien (Actes 1900, S. 229/230).

Die Schaffung der Auskunftspflicht ist vielmehr ein dringender Revisionspunkt.

Anmerkungen.

1. Es ist leicht gesagt, die Schweiz solle sich von den [illegible] Konventionen fern halten, [illegible]

2. Die hier angeführten [illegible] die Eingabe der Waisenämter der Stadt Zürich [illegible] Die Eingabe selbst allerdings [illegible] keine Revision der Konvention, sondern [illegible]

3. [illegible]

4. In der Eingabe [illegible]

Zweiter Abschnitt.

Die Konvention betreffend das Zivilprozessrecht.

Vorbemerkung.

Die Verhandlungen über die Zivilprozesskonvention finden sich an folgenden Stellen der Materialien:

I und II: *Betreffend Mitteilung gerichtlicher und aussergerichtlicher Urkunden und Ersuchungsschreiben.*

Vorentwurf; Programmentwurf . . . . Actes 1893, p. 30.

Documents 1904, p. 2—19, 165, 189—190, 197, 207, 211—215, 222—225, 247, 257, 270—275, 301—302, 314, 327, 334.

Bestellung der Kommission	Actes	1893, p. 33.
	„	1894, p. 16, 17.
	„	1904, p. 12.
Generaldiskussion	„	1894, p. 34—37.
Bericht der Kommission.	„	1893, p. 63—65.
	„	1894, p. 51—53.
	„	1904, p. 84—95.
Anträge der Kommission	„	1893, p. 65, 66.
	„	1894, p. 53, 54.
	„	1904, p. 101—105.
Erste Lesung	„	1893, p. 55—57.
	„	1894, p. 41, 42, 45.
	„	1904, p. 65—74.
Anträge der Redaktionskommission . .	„	1893, p. 67, 68.
	„	1904, p. 149—152.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion . .	„	1893, p. 68, 69.
	„	1904, p. 145—146.
Bestimmungen des Schlussprotokolls . .	„	1893, p. Pr. F. 2, 3.
	„	1894, p. Pr. F. 4, 5.
	„	1904, p. 205—208.

III und IV: *Betreffend Sicherheitsleistung für die Prozesskosten und Armenrecht.*

Vorentwurf; Programmentwurf . . . . Actes 1894, p. 3, 23—31.
Documents 1904, p. 20—29, 165, 190, 224—225, 274—277, 334.
Bestellung der Kommission . . . . . . Actes 1894, p. 3, 16, 17.
„ 1904, p. 12.s
Generaldiskussion . . . . „ 1894, p. 34—37.
„ 1900, p. 77—79.
Bericht der Kommission. . . . . „ 1894, p. 103—108.
„ 1904, p. 95—100.
Anträge der Kommission . . . . „ 1894, p. 109, 110.
„ 1904, p. 105—108.
Erste Lesung . . . . „ 1894, p. 89—92.
„ 1904, p. 74—77.
Anträge der Redaktionskommission . . „ 1894, p. 96, 97.
„ 1904, p. 152—153.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion . . „ 1894, p. 97.
„ 1904, p. 146.
Bestimmungen des Schlussprotokolls . . „ 1894, p. Pr. F. 5, 6.
„ 1904, p. 208—210.

V. *Betreffend Personalhaft.*

Vorentwurf; Programmentwurf:
Documents 1904, p. 28—31, 165, 190, 224—225, 276—277.
Bestellung der Kommission . . . . . . Actes 1894, p. 16, 67.
„ 1904, p. 12.
Bericht der Kommission. . . . . „ 1894, p. 99—101.
„ 1904, p. 100.
Anträge der Kommission . . . . „ 1894, p. 108.
„ 1904, p. 108.
Erste Lesung . . . . „ 1894, p. 92.
„ 1904, p. 77.
Anträge der Redaktionskommission . . „ 1904, p. 154.
Zweite Lesung. Weitere Diskussion . . „ 1904, p. 146.
Bestimmungen des Schlussprotokolls . . „ 1894, p. Pr. F. 6.
„ 1904, p. 210.

Einleitung.

§ 63. Allgemeine Bemerkungen über die Zivilprozesskonvention.

I. *Die gegenwärtig geltende Zivilprozesskonvention beruht auf einer Revision der im Jahre 1899 in Kraft getretenen ersten Zivilprozesskonvention.*

1. Die 1899 in Kraft getretene Konvention war eine Frucht der zwei ersten im Haag abgehaltenen Konferenzen (1893 und 1894). Infolge verschiedener Beschwerden, auf die unten speziell eingetreten wird, wurde die erste Konvention revidiert. Es liefert also dieser Vorgang den Beweis dafür, dass berechtigte Beschwerden auch auf dem Wege der internationalen Revision abgestellt werden können, und dass es nicht nötig ist, auf die unbedingte Kündigung der Konvention hinzuarbeiten. Über die näheren Details der Entstehung dieser Konvention vgl. oben § 8.

2. Es muss freilich anerkannt werden, dass diese Konvention sowohl in ihrer ersten wie in ihrer revidierten Fassung nur einige wenige Spezialfragen aus dem Gebiete des internationalen Zivilprozessrechtes herausgehoben hat. Allein dieses bescheidene Vorgehen beruhte durchaus auf der Absicht der Staaten und ist speziell auf einem Rechtsgebiete notwendig, in welches das öffentliche Recht so entscheidend hineinspielt.

II. *Diese Konvention ist die einzige, welche mehrere voneinander unabhängige Spezialfragen in besonderen Abschnitten behandelt; trotzdem bildet sie ein einheitliches Ganzes.*

1. Die Konvention regelt folgende Materien (vgl. oben § 8):
a) die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Akten,
b) die Ersuchungsschreiben (Requisitoriale),
c) die Ausländerkaution,
d) das Armenrecht,
e) die Personalhaft.

2. Gleichwohl zerfällt die Konvention nicht in einzelne selbständige Teile, sondern sie bildet ein einheitliches Ganzes. Einem im Haag anlässlich der Revision gestellten Antrag, daraus mehrere Staatsverträge zu machen, wurde keine Folge gegeben.

3. Aus dem erwähnten Prinzip folgt:

a) dass der Beitritt anderer Staaten nicht zu einzelnen Teilen der Konvention erfolgen kann,

b) dass es nicht zulässig ist, die Kündigung einzelner Teile vorzunehmen (vgl. oben § 12 und B.-B. 1908, VI, S. 131).

III. *Die Konvention schafft im Gebiete der kontrahierenden Staaten zwingendes öffentliches Recht, durch welches alle entgegenstehenden Vorschriften aufgehoben werden.*

1. Die Konvention ist von Amtes wegen zu beachten, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien darauf aufmerksam machen oder nicht.

2. Das schweizerische Bundesgericht hat diese Tatsache zutreffend festgestellt (A. E. XXVI, 1. T., S. 225 und 226).

3. Das Bundesgericht hat die Verfassungsmässigkeit der Konvention gemäss Art. 113 (i. f.) B. V. und Art. 175 O.-G. nicht nachzuprüfen. Es ist dies speziell deshalb von Bedeutung, weil die Materie des Zivilprozesses, auf welche sich die Konvention bezieht, der kantonalen Kompetenz vorbehalten ist (A. E. XXVI, S. 485—486 und XXX, 1. T., S. 367).

IV. *Auch diese Konvention begründet unter den ihr angeschlossenen Staaten juristisch eine Rechtsunion.*

Über die Bedeutung der Rechtsunion vgl. oben § 12.

V. *Die einzelnen Abschnitte der Konvention sind juristisch verschieden zu charakterisieren.*

1. Indem die gegenseitige Pflicht der Übermittlung von Akten (I) statuiert wird, liegt ein völkerrechtliches unentgeltliches Mandat vor. Zivilprozessualisch ist damit ein Teilstück der Rechtshülfe behandelt.

2. Die Übernahme und Besorgung von Ersuchungsschreiben (II) stellt gleichfalls ein völkerrechtliches Mandat dar. Zivilprozessualisch ist dies das Hauptstück der Rechtshülfe.

3. Die Beseitigung der Ausländerkaution (III) enthält völkerrechtlich zunächst die Erklärung, dass die internen Gerichte den Ausländern in gleicher Weise wie den Inländern offen stehen. Zivil-

prozessualisch wird damit die Gleichheit der Fremden und Ausländer in der prozessualischen Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche anerkannt.

Der dritte Teil sichert namentlich auch als Korrelat der Aufhebung der Kautionspflicht die Vollstreckung der Kostenurteile und -Beschlüsse ohne materielle Nachprüfung. Damit werden bestimmt qualifizierte auswärtige Rechtsakte zu international freizügigen Exekutionstiteln erhoben.

Endlich wird bestimmt, dass ein Ersatz von Kosten für die Vollstreckbarkeitserklärung nicht verlangt werde. Darin liegt völkerrechtlich ein Verzicht auf fiskalische Gebühren. Zivilprozessualisch kommt diesen Vorgängen die Bedeutung zu, dass der Rechtsweg international bedeutend erleichtert wird.

4. Ferner wird im vierten Teil (IV) das Armenrecht als eine internationale Institution erklärt.

Völkerrechtlich liegt darin die Anerkennung einer Humanisierung des Rechtsweges, indem der Unbemittelte für den Zutritt zu den Gerichten von gewissen Einschränkungen befreit wird. Zivilprozessualisch wird damit für die Verfolgung der Rechtsansprüche der Arme dem Reichen oder Begüterten gleichgestellt.

5. Mit der internationalen Beseitigung der Personalhaft (V) wird die persönliche Integrität des Schuldners gesichert, indem diese von seinen vermögensrechtlichen Verpflichtungen losgelöst wird.

Rechtlich tritt an die Stelle der persönlichen Bindung des Schuldners die Auffassung, dass er für Verpflichtungen nur mit seinen wirtschaftlichen Gütern einzustehen habe.

Anmerkungen.

1. Die Übereinkunft von 1899 wurde in der Z. f. Schweiz. R. N. F. XIX, S. 406, mit folgenden Worten begrüsst:

> Das ganze Elaborat ist ein klägliches Machwerk; einige wenige, aber inhaltsschwere Worte gegen dasselbe fielen seitens erfahrener Praktiker in der Bundesversammlung, wurden aber leider von dieser nicht beachtet, und das *törichte* Zeug wurde akzeptiert, wohl weil sich niemand mit der Sache vertraut gemacht hatte.

Und S. 405 wird gesagt, dass man sich getäuscht finde, wenn man eine Regelung des internationalen Zivilprozessrechtes erwarte. Dann wird beigefügt: Das Resultat ist ein äusserst bescheidenes, um nicht zu sagen armseliges und auch inhaltlich nicht durchweg erfreuliches.

Mit welchem Rechte konnte man aber an die Konvention mit der Meinung herantreten, dass sie jene umfassende Regelung vornehme? Auf internationalem Boden muss mit kleinen Dingen der Grund gelegt werden. Und um ein objektives Urteil fällen zu können, darf man sich die Mühe nicht verdriessen lassen, festzustellen, was das gegenwärtig geltende Recht sagt und was die Konvention sagt. Vgl. dazu Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 45 ff.

2. Auch die revidierte Konvention fand in der Z. f. Schweiz. R. N. F. XXIX, S. 357 und 359 keine Gnade, indem u. a. gesagt wurde: „Diese Revision ist leider nicht befriedigend...... Wann wird man endlich von diesen Übertreibungen internationalen Rechtes wieder auf den natürlichen Boden zurückkehren?"

3. Die Lehrbücher über das Zivilprozessrecht sprechen sich nur im Vorübergehen über die Konvention aus. Vgl. neuestens R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1906, der unter dem Obertitel: Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands in der Zivilrechtspflege, S. 283—295, einzelne Bemerkungen über die Konvention einstreut. Ferner ist zu verweisen auf G. Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1910, § 6 (S. 35—37) und § 8 (S. 37 und 38). Die Literatur über das internationale Zivilprozessrecht ist bei Meili, a. a. O. angegeben.

4. Es darf darauf hingewiesen werden, dass die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung (B.-B. 1908, S. 129) sich über die revidierte Konvention folgendermassen aussprach:

> In der Schweiz haben die zwei ersten Teile des Vertrages von 1896 über die Mitteilung gerichtlicher oder aussergerichtlicher Urkunden und über die Ersuchungsschreiben zu keinen Klagen Anlass gegeben. Auch der letzte über Gewährung des Armenrechtes scheint ohne Schwierigkeiten in die Praxis übergegangen zu sein.

Auch in den andern Vertragsstaaten wurde die Konvention gut aufgenommen.

5. In der Botschaft des Bundesrates von 1908 sind die Unterschiede zwischen der ersten und der revidierten Konvention hervorgehoben.

§ 64. Der örtliche, sachliche und persönliche Geltungsbereich der Konvention.

I. *Der vorliegenden Konvention gehören 14 Staaten an.*

Es sind dies folgende:

1.	Belgien	8.	Österreich-Ungarn
2.	Dänemark	9.	Portugal
3.	Deutschland	10.	Rumänien
4.	Frankreich	11.	Russland
5.	Italien	12.	Schweden
6.	die Niederlande	13.	Schweiz
7.	Norwegen	14.	Spanien.

Luxemburg hat die Konvention nicht ratifiziert (O. S. N. F. XXV, S. 448, Note).

II. *Auch diese Konvention findet ohne weiteres nur auf die europäischen Gebiete der Konvention Anwendung. Soll sie auch in den aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen, Kolonien oder Konsulargerichtsbezirken eines Staates gelten, so ist das in Art. 26 geregelte Verfahren einzuschlagen.*

1. Soll das Geltungsgebiet der Konvention ausserhalb der europäischen Gebiete eines Konventionsstaates ausgedehnt werden, so hat der betreffende Staat seine hierauf gerichtete Absicht durch die Regierung der Niederlande den anderen Konventionsstaaten auf diplomatischem Wege mitteilen zu lassen. Die Konvention tritt dann in Kraft für die Beziehungen zwischen den Staaten, die auf diese Kundgebung mit einer zustimmenden Erklärung antworten, und den aussereuropäischen Territorien, für welche die Kundgebung erfolgt ist.

2. Japan, das an der vierten Haager Konferenz teilnahm, kann, da es eben ganz auf aussereuropäischem Gebiet liegt, der Konvention gemäss Art. 26 nur im Verhältnis zu denjenigen Staaten beitreten, die seiner Beitrittserklärung ausdrücklich zustimmen (Botschaft des Bundesrates vom 1. Dezember 1908, B.-B. 1908, VI, S. 149).

III. *Der sachliche Geltungsbereich beschränkt sich auf Zivil- und Handelssachen, die vor den Gerichten eines der Vertragsstaaten zur Kognition stehen.*

1. Die Konvention weist schon in ihrem Titel auf das Zivilprozessrecht als ihren Gegenstand hin. Ausserdem wird bei einigen Abschnitten, nämlich I: Mitteilung gerichtlicher Urkunden (Art. 1); II: Ersuchungsschreiben (Art.8); V: Personalhaft (Art. 24) ausdrücklich gesagt, dass sie in „Zivil- oder Handelssachen" (en matière civile ou commerciale) Anwendung finden. Dies gilt auch für die Abschnitte III und IV (Prozesskostenkaution und Armenrecht), obwohl es dort nicht ausdrücklich gesagt ist.

2. Der Ausdruck „Zivilsachen" ist im weiteren Sinne aufzufassen, so dass darunter z. B. auch Matrimonial- (Ehe-)Sachen fallen. Unter den Ausdruck „Handelssachen" sind speziell auch Konkurs-

sachen zu subsumieren (Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts 1900, S. 49; 287).

3. Es ist für die Anwendbarkeit nicht erforderlich, dass stets Zivil- oder Handels*prozesse* in Frage kommen. Es kann sich auch um die freiwillige Gerichtsbarkeit (juridiction volontaire ou gracieuse) handeln (Actes 1894, S. 84).

4. Die Konvention ist unter Umständen auch auf Fälle der Administrativgerichtsbarkeit anwendbar, in denen es sich um Privatrechte handelt (Actes 1894, S. 84). Vgl. unten Anmerkung.

5. Hingegen bezieht sich die Konvention in keiner Weise auf das internationale Strafprozessrecht (Actes eod.). Vgl. Meili, Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts (1910), S. 380.

IV. *Die Anwendbarkeit der Konvention hat ferner in einigen Fragen zur Voraussetzung, dass die in Betracht kommenden Parteien Angehörige von Vertragsstaaten sind.*

1. Die Konvention betrifft gewisse prozessuale Vorschriften. Man könnte daher meinen, sie komme ohne weiteres auf alle Prozess- und sonstigen gerichtlichen Verfahren zur Anwendung, die in einem Konventionsstaat schweben, ohne Rücksicht auf die Nationalität der Parteien.

2. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur für die Vorschriften betreffend die Mitteilung gerichtlicher und aussergerichtlicher Urkunden und betreffend die Ersuchungsschreiben. Die anderen Vorschriften betreffend Prozesskaution, Armenrecht und Personalhaft sind nur anwendbar, wenn bestimmte persönliche Voraussetzungen bezüglich Nationalität und Wohnsitz der Partei vorhanden sind. Es wird hierüber bei den speziellen Fragen im einzelnen gesprochen. Vgl. §§ 68, 70.

V. *Die Konvention trat mit dem 27. April 1909 in Kraft (O.* S. *N.F. XXV, S. 421) und gilt von da an 5 Jahre. Wird eine Kündigung nicht spätestens sechs Monate vor Ablauf dieser Zeit vorgenommen, so gilt die Konvention stillschweigend als auf weitere fünf Jahre erneuert (Art. 29).*

Über die Einzelheiten der Hinterlegung der Ratifikationen und der Kündigung vgl. oben § 11.

Anmerkung.

Der Rapport der Kommission der IV. Konferenz spricht sich folgendermassen aus:

La Commission pense que les mots en matière civile ou commerciale doivent être maintenus pour éviter toute équivoque. Ce n'est pas à dire que les matières administratives soient absolument en dehors de la Convention. Il y a lieu de distinguer. Une juridiction administrative peut avoir à connaître de questions du même genre que celles qui se présentent devant les tribunaux civils ordinaires (p. ex. procès relatif à l'exécution d'un marché de fournitures entre un particulier et une administration publique); il n'y a pas de raison pour que les significations à faire relativement à des procès de ce genre ne puissent s'effectuer en conformité des dispositions de notre chapitre. Les expressions que l'on veut supprimer sont très larges et ne comprennent pas seulement les affaires qui sont de la compétence des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce dans les pays où il y a une juridiction administrative. Autrement il y aurait entre les Etats contractants une inégalité que rien ne justifierait: les significations des actes judiciaires pourraient se faire d'une manière plus large pour les pays qui n'ont pas de juridiction administrative que pour les pays qui en ont une. Du moment où des intérêts privés sont en jeu, la Convention s'applique, quelle que soit la nature de la juridiction, parce qu'autrement on entrerait dans le domaine de la législation intérieure (Actes 1904, S. 84).

Die einzelnen Bestandteile der Konvention.

I.

§ 65. Die Zustellung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Akten.

I. *Die Konvention hat eine völkerrechtliche Pflicht begründet, wonach die Staaten in Zivil- und Handelssachen sich gegenseitig gerichtliche und aussergerichtliche Akten zuzustellen haben. Darin liegt gegenüber dem bisherigen Recht ein Fortschritt.*

1. Unter die Zustellungspflicht fallen namentlich:

a) Zitationen, Klagschriften, Schriftsätze, Urteile,

b) Kündigungen, Notifikationen, Zessionen, Mahnungen,

soweit sie in einer Zivil- oder Handelssache vorkommen können.

2. Auch Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit können unter die Zustellungspflicht fallen (Actes 1893, S. 57 und 66, Actes 1904, S. 84).

II. *Die Ablehnung der hier erwähnten Rechtshülfe ist an ganz bestimmte und enge Voraussetzungen geknüpft. Damit wurde der Begriff des ordre public auch auf diesem Gebiete eingedämmt und sachlich fixiert.*

1. Der betreffende Akt, um den es sich handelt, unterliegt grundsätzlich hinsichtlich seiner Natur und seines Inhaltes einer Prüfung durch den ersuchten Staat nicht. Allein es musste immerhin zu dessen Gunsten ein Sicherheitsventil geöffnet werden. Dies geschah durch die Bestimmung des Art. 4. Darnach kann der ersuchte Staat dann die Zustellung verweigern, wenn nach seiner Auffassung durch deren Gewährung:

a) seine Hoheitsrechte verletzt würden oder wenn

b) seine Sicherheit gefährdet würde.

2. Diese Eventualitäten werden nur in ganz seltenen Ausnahmsfällen vorkommen. Hierunter würde z. B. fallen:

a) wenn der Souverän des ersuchten Staates oder dieser selbst durch den Akt der Zitation vor ein Gericht des ersuchenden Staates geladen werden wollte (Actes 1893, S. 64),

b) wenn die Zustellung anarchistischer oder unmoralischer Schriften verlangt würde (Actes 1894, S. 51),

c) wenn es sich um Zustellung von aufrührerischen Akten und Urkunden handeln würde.

3. Dagegen kann der ersuchte Staat die Mitteilung von Zitationen und Urkunden an Privatpersonen nicht ablehnen, obschon das auswärtige Gericht eine Kompetenz oder eine Gerichtsbarkeit zum Erlass derselben nicht besitzt.

Dies ist für die Schweiz wegen Art. 59 B.-V. eine Neuerung. Wenn im Auslande Klagen gegen schweizerische und in der Schweiz domizilierte Untertanen gestützt auf die auswärtigen Kompetenzbestimmungen erhoben wurden, war es früher möglich, die Annahme der Zitationen zu verweigern und sich auf diese bequeme Weise die Einrede gegen die Exekution der Urteile zu sichern. Dies geht jetzt nicht mehr an. Auch ist es richtiger, dass jemand, der verfolgt wird, von den gegen ihn gerichteten Massnahmen effektiv Kenntnis erhält.

Auch das Bundesgericht hat sich in diesem Sinn ausgesprochen, und zwar speziell bezüglich Art. 59 B.-V. Es erklärte, der Sinn jenes Vorbehaltes des Art. 4 der Konvention wurde möglichst eng gezogen,

er wurde deshalb gewählt, weil die kontrahierenden Staaten davon ausgingen, dass im internationalen Sinne nur diejenigen Einrichtungen mit der öffentlichen Ordnung zusammenhängen, die ohne Änderung, Zerstörung, Erschütterung der politischen oder sozialen Grundlagen des Staates nicht angetastet werden können. Einen derartigen Eingriff in die Hoheitsrechte der Schweiz enthält nun die Ladung an Private vor ein ausländisches Gericht jedenfalls nicht. Die Frage, ob der ausländische Richter zuständig gewesen sei, wird erst bei der Vollstreckung des Urteils aktuell, erst dann kann gegebenenfalls der Schutz des Art. 59 B.-V. angerufen werden (A. E. XXVII, I. Teil, S. 224).

Ebenso kann eine Zustellung nicht abgelehnt werden, weil es sich etwa um eine Klage handelt, die der ersuchte Staat nicht zulässt, z. B. die Vaterschafts- und Ehescheidungsklage. Man denke etwa an den Fall, dass ein in Österreich domizilierter Schweizerbürger gegen seine gleichfalls in Österreich domizilierte Ehefrau auf Grund von Art. $43,_2$ Z. E.-G. am Gerichtsstand des schweizerischen Heimatortes eine Ehescheidungsklage erhebt.

III. *Die Konvention hat zwei verschiedene Arten der Zustellung vorgesehen.*

1. Die Akten werden dem Destinatär in formloser Weise zugestellt, und wenn er sie freiwillig annimmt, ist damit die Angelegenheit erledigt (Art. 2). Diese Modalität wird immer zuerst versucht (Art. 3, Abs. 1 i. f.). Führt sie zum Ziele, so bedarf es namentlich auch keiner Übersetzung des zuzustellenden Aktes in die Sprache des ersuchten Staates.

2. Die Akten werden zwangsweise durch Vermittlung der Behörden des ersuchten Staates zugestellt. In diesem Falle ist erforderlich:

a) ein diesbezüglicher ausgesprochener Wunsch der ersuchenden Behörde in ihrem Begehren,

b) Abfassung des zuzustellenden Schriftstückes in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache oder endlich Begleitung dieses Schriftstückes, wenn es in der Sprache des ersuchenden Staates abgefasst ist, durch eine Übersetzung in einer dieser Sprachen.

Wenn es an einer anderweitigen Übereinkunft fehlt, so ist diese Übersetzung von dem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder von einem beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates zu beglaubigen.

IV. *Die Konvention regelt nur die Zustellungspflicht, schreibt aber nicht bestimmte Zustellungsformen international vor.*

1. Die Konvention will im revidierten so wenig wie im früheren Wortlaut den Staaten vorschreiben, wie sie innerhalb ihres Gebietes das Verfahren bei Zustellungen, die ins Ausland abgehen sollen, einzurichten haben. Für die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit der Zustellung im ersuchenden und im ersuchten Staat ist weder erforderlich noch ausreichend, dass sie in der Form der Übereinkunft geschehe, sondern darüber entscheidet allein das eigene Prozessrecht jedes der beiden Staaten. Die Konvention verpflichtet nur die Behörden der Vertragsstaaten, die Zustellung in den darin vorgesehenen Formen durch ihre Behörden zu besorgen oder durch andere zu gestatten (B.-B. 1908, VI, S. 132).

2. Die im französischen Rechte vorgesehene, auf Art. 69 Ziffer 9, des Code de proc. civile beruhende Zustellung par remise au parquet bleibt daher zulässig wie bisher (Botschaft vom 6. April 1898, B. B. 1898 II, 758). Hiernach sind ins Ausland abgehende Aktenstücke dem Staatsanwalt bei dem Gerichte, bei welchem die Klage oder das Rechtsbegehren angebracht ist, im Original zu übergeben. Die Staatsanwaltschaft visiert das Original und leitet eine beglaubigte Abschrift an das zuständige französische Ministerium oder die durch diplomatische Vereinbarungen festgesetzte Behörde, welche dann die Versendung der Abschrift ins Ausland besorgt. Vermöge einer Fiktion gilt die Zustellung an den ausländischen Destinatär im Zeitpunkte der Beisetzung des staatsanwaltschaftlichen Visums auf dem in Frankreich zurückbleibenden Original als erfolgt.

Beiläufig ist hier auf Art. 17 Nr. 2 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages hinzuweisen (Schweiz. J.-Z. 1911 VII, S. 315—316).

V. *Die Zustellung der Akten erfolgt durch die nationalen konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates direkt an die Behörde des ersuchten Staates.*

Allein es wird jedem Staat die Fakultät vorbehalten, in einer an die anderen Vertragsstaaten gerichteten Mitteilung die Beschreitung des diplomatischen Weges zu verlangen.

1. Während bisher das Gesuch um Zustellung der Urkunden von einem Beamten der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte ausgehen, oder auf diplomatischem Wege an die zuständigen Behörden des ersuchten Staates übermittelt werden musste, nimmt die neue Konvention in der Regel die Vermittlung des Konsuls in Anspruch. Die Behörde des ersuchenden Staates sendet die Urkunde dem im ersuchten Staate akkreditierten Konsul, und dieser sendet sie an die zuständige Behörde weiter mit einem Gesuch, das die in Art. 1, Abs. 1, erwähnten Angaben zu enthalten hat und das in der Sprache der ersuchten Behörde abgefasst sein muss.

2. Als Regel ist damit der diplomatische Weg beseitigt, allein er muss ausnahmsweise beschritten werden, wenn ein Vertragsstaat erklärt hat, er verlange, dass die Zustellungsbegehren auf diplomatischem Wege an ihn gerichtet würden. Art. $1,_3$ hat den Vertragsstaaten diese Fakultät vorbehalten. Vgl. auch Art. 9.

3. Die Schweiz machte von dem in Art. 1, Abs. 3 (und Art. 9, Abs. 3) vorgesehenen Rechte Gebrauch, und der Bundesrat teilte deswegen den sämtlichen Vertragsstaaten mit, er wünsche, dass an Stelle der ordentlicherweise eintretenden konsularischen Vermittlung der Schweiz alle Begehren um Zustellungen (und alle Ersuchungsschreiben) auf diplomatischem Wege zugestellt werden. Dabei blieben aber natürlich die Separatabkommen und Erklärungen vorbehalten, die sich auf den direkten Verkehr mit einzelnen Staaten beziehen (B.-B. 1910, I, S. 295). Vgl. § 73 unten.

VI. *Gegenüber den verschiedenen Arten der Zustellung in Art. 1 und $1,_3$ ist die Möglichkeit vorgesehen, die Zustellung in anderer Weise bewerkstelligen zu lassen.*

Es kommen hier drei Eventualitäten in Betracht:

1. die Zustellung von Urkunden an im Ausland befindliche Beteiligte unmittelbar durch die Post,

2. die Zustellung unmittelbar durch diejenigen Gerichtsvollzieher (officiers ministériels) oder durch sonstige Beamte, die in dem Lande, wo die Zustellung erfolgen soll, hierfür zuständig sind,

3. die Zustellung unmittelbar durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates im ersuchten Staate.

Allein diese Möglichkeiten setzen voraus, dass sie durch Abkommen zwischen den beteiligten Staaten eingeräumt sind, oder dass in Ermangelung solcher Abkommen der ersuchte Staat wenigstens nicht opponiere.

Die direkte Zusendung von Akten durch die Post aus einem Staat in den andern wäre natürlich sehr praktisch. Von Zürich aus wurde denn auch dieser Weg gegenüber deutschen Staatsangehörigen in Deutschland eingeschlagen, allein die deutsche Reichsregierung reklamierte hiergegen unter Berufung auf Art. 6. Der Bundesrat erkannte die Reklamation als begründet an (B.-B. 1911 I, S. 450, Nr. 14). Ein Abkommen, wie es in Art. 8, Abs. 2, vorgesehen ist, hat die Schweiz mit keinem ausländischen Staate abgeschlossen.

Hinsichtlich der dritten Möglichkeit, die in Art. 6 vorgesehen ist, wurde noch bestimmt, dass der ersuchte Staat eine Opposition gegen jene Zustellungsart nicht erheben dürfe, wenn der Destinatär ein Angehöriger des ersuchenden Staates ist und ihm das Schriftstück „ohne Anwendung von Zwang" (sans contrainte) zugestellt werden soll. In diesem Satz liegt eine Einschränkung der sonst speziell auch in der Schweiz anerkannten Befugnis, sich gegen die Tätigkeit ausländischer diplomatischer oder konsularischer Vertreter aufzulehnen. Allein diese Konzession darf jeder Staat, also auch die Schweiz, machen, weil die Privatpersonen ja nicht gezwungen sind, die betreffenden Mitteilungen entgegenzunehmen. Es handelt sich dabei um eine Sache ihres freien Willens. Ferner ist nicht zu vergessen, dass es den betreffenden Personen im internen Staate wiederum konvenieren kann, die Zustellung freiwillig anzunehmen.

VII. *Die Konvention hat grundsätzlich die Kostenfreiheit der Zustellungen statuiert, aber nicht ausnahmslos.*

1. Die erste Konvention enthielt über die Kosten keine Bestimmung.

Allein daraus folgte nicht, dass der ersuchte Staat alle Kosten der Zustellungen verrechnen konnte. Es war leicht möglich, die Übermittlung von Akten und Urkunden in die Form von Requisitorialen zu kleiden, und dann griff nach einzelnen Staatsverträgen die in denselben statuierte partielle Kostenlosigkeit ein. Dies trifft z. B. zu

nach den Verträgen der Schweiz mit Frankreich und Spanien, nach der Erklärung vom 30. Dezember 1899 gegenüber Österreich und ferner im Verhältnis des Kantons Aargau zum Grossherzogtum Baden nach der Übereinkunft vom 21. Mai 1867 (Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 64—66). Vgl. auch unten § 73.

2. Nach der neuen Konvention gilt als Regel, dass grundsätzlich für Zustellungen Gebühren oder Kosten irgendwelcher Art nicht erhoben werden dürfen. Jedoch gilt diese Regel nur dann, wenn die Zustellung auf gütlichem Wege erfolgt. Darunter fällt auch die Zustellung auf dem Wege der Post.

3. Eine Ausnahme von der Regel tritt ein, wenn die Zustellung erfolgt:

a) durch die Mitwirkung von Beamten (officiers ministériels).

Die Konvention wählte diesen allgemeinen Ausdruck, um alle Eigentümlichkeiten der in den einzelnen Staaten vorkommenden Personen, die hier tätig werden können, zu umfassen.

b) in einer besonders gewünschten Form (Art. 3).

4. Separatvereinbarungen unter den einzelnen Konventionsstaaten sind natürlich auch hier vorbehalten. Vgl. unten § 73.

II.

§ 66. Die Ersuchungsschreiben (Rogatorien, Requisitoriale).

I. *Die Konvention hat die völkerrechtliche Pflicht begründet, dass die Staaten in Zivil- und Handelssachen sich gegenseitig die Vornahme richterlicher Prozesshandlungen oder anderer richterlicher Handlungen zusichern.*

1. Unter die hier gemeinte Rechtshülfe der Ersuchungsschreiben (commissions rogatoires) fällt namentlich:

a) die Einvernahme von Zeugen,
b) die Vornahme einer Expertise,
c) die Aufnahme eines Augenscheins,
d) die Verifikation vorgelegter Bücher.

Ausser diesen eigentlichen richterlichen Prozesshandlungen (actes d'instruction) kommen auch andere gerichtliche Handlungen in Be-

tracht, wie z. B. gerichtliche Hinterlegungen, Beschlagnahmen, Verwahrungen, Versteigerungen usw.

Jeder der Vertragsstaaten stellt in diesen Fällen seine hoheitliche Gewalt und Hülfe in den Dienst des andern, und er übt dann diejenige Autorität aus, die er anwenden würde, wenn es sich um eine vor seinen Behörden zu erledigende Materie handeln würde. Er hat daher auch dieselben Zwangsmittel anzuwenden, wie bei der Erledigung eines Ersuchens der Behörden des eigenen Staates oder eines dahingehenden Begehrens einer beteiligten Partei (Art. 11, Abs. 1). Immerhin ist hier eine kleine Modifikation — und zwar auf Begehren von Schweden — vorgenommen worden. Sie stellt das Prinzip nur um so klarer fest; es wurde nämlich bestimmt, dass die für das Erscheinen der Parteien statuierten Zwangsmittel, z. B. die Busse, international nicht notwendigerweise angewendet zu werden brauchen.

2. Die Konvention hat im Zusammenhang mit dem Institut der Ersuchungsschreiben auch die Rechtspflicht geschaffen:

a) im Falle der Unzuständigkeit der ersuchten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen an die zuständige Gerichtsbehörde desselben Staates unter Beobachtung der dafür nach dessen Gesetzgebung massgebenden Regeln weiterzugeben (Art. 12),

b) die ersuchende Behörde sofort zu benachrichtigen, wenn Hinderungsgründe für die Erledigung des Ersuchens existieren gemäss:

α) Art. 11,

β) Art. 12.

Darin liegt die Pflicht zu einer Benachrichtigung, die mit Gründen zu versehen ist. Das Ersuchungsschreiben darf also nicht einfach liegen bleiben, wenn Schwierigkeiten in seiner Erledigung eintreten. Dies ist unter der Herrschaft der früheren Konvention vorgekommen.

3. Die ersuchende Behörde muss auf ihr Verlangen von dem Ort und der Zeit der vorzunehmenden Handlung unterrichtet werden (Art. $11,_{2}$).

Diese Neuerung der revidierten Konvention ist praktisch erheblich, weil sie die Beteiligung der Parteien und ihrer Vertreter an dem betreffenden Akte ermöglicht. Diese Benachrichtigungspflicht

besteht international auch dann, wenn sie im internen Prozessrecht des ersuchten Staates nicht statuiert ist.

II. *Die Ablehnung der hier erwähnten Rechtshülfe ist an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Also auch hier wird der ordre public positiv eingedämmt.*

1. Die Konvention erwähnt in Art. 11 drei Eventualitäten:

a) wenn die Echtheit des Ersuchungsschreibens mit Grund bezweifelt werden kann,

b) wenn in dem ersuchten Staate die Erledigung des Ersuchens nicht in den Bereich der Gerichtsgewalt fällt,

c) wenn durch die Ausführung des Gesuches nach der Auffassung des ersuchten Staates seine Hoheitsrechte verletzt würden oder seine Sicherheit gefährdet würde.

2. Danach kann der ersuchte Staat nicht gezwungen werden:

a) die Zeugen zu beeidigen, wenn dies nach seinem Rechte nicht zulässig ist. Vgl. unten III.

b) bestimmte Arten von Fragen an die Zeugen zu stellen, die nach seinem Recht nicht gestellt werden dürfen,

c) Zeugenerhebungen vorzunehmen über Dinge, welche er als Staatsgeheimnis ansieht (Actes 1894, S. 51),

d) Beweiserhebungen zu machen über militärische Pläne oder über geheime staatliche Verständigungen (Actes eod.).

3. Umgekehrt muss der ersuchte Staat Rechtshülfe gewähren:

a) obschon die Kompetenz des auswärtigen Gerichts zu den betreffenden Klagen, in deren Interesse die Erhebungen erfolgen, nach dem internen öffentlichen Rechte ausgeschlossen ist. Dieser Satz ist auch für die Schweiz wichtig angesichts des Art. 59 B.-V. Vgl. oben § 65 II.

b) auch wenn es sich um Beweiserhebungen in Klagen handelt, die der ersuchte Staat nicht zulässt. Man denke an Vaterschafts- und Ehescheidungsklagen (vgl. schon auf Grund des allgemeinen Rechts in diesem Sinne Lammasch in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts III, S. 389). Italien wäre z. B. nicht befugt, Zeugeneinvernehmungen abzulehnen, welche ein auswärtiger Staat in einem Ehescheidungsprozess von ihm verlangt;

c) auch wenn es sich um die Abhörung von Personen handelt, die im internen Recht nicht zeugenfähig sind. Die Würdigung der Aussagen erfolgt eben durch den erkennenden Richter;

d) auch wenn es sich um Beweiserhebungen durch Zeugeneinvernehmungen handelt, in welchen nach dem internen Rechte der Zeugenbeweis überhaupt nicht, sondern nur Urkundenbeweis zulässig ist.

III. *Wenn auch für die Ausführung eines Ersuchungsschreibens grundsätzlich die Form, welche im ersuchten Staate besteht, massgebend ist, so hat die Konvention doch bestimmt, dass bei einem Verlangen des ersuchenden Staates auf dessen besondere Formen Rücksicht zu nehmen ist, wenn dies dem Gesetze des ersuchten Staates nicht zuwiderläuft (Art. 14).*

1. Der Grundsatz ist klar, aber die ihm gegenüber aufgestellten Konzessionen dürfen als sehr praktisch bezeichnet werden.

Dem internen Richter war schon nach der bisherigen Rechtsanschauung in einzelnen Staaten gestattet, bei den Akten der Rechtshülfe, die hier in Frage kommen (Eidesleistung von Zeugen und Experten, Befragung der Zeugen durch die Parteivertreter, Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter bei der Zeugeneinvernehmung) das auswärtige Recht anzuwenden, wenn der auswärtige Staat einen dahin gerichteten Antrag stellte. Immerhin musste dabei feststehen, dass das Gesetz des ersuchten Staates dies nicht ausdrücklich verbot.

2. Die Haager Konvention knüpfte an diese vereinzelte Übung an und erhob sie zur Rechtspflicht. Die Vertragsstaaten müssen also dem Begehren entsprechen, wenn die betreffende Form, um die es sich handelt, der internen Gesetzgebung nicht zuwider läuft (Art. 14). Die frühere Konvention (Art. 10 i. f.) forderte ausdrücklich, dass die interne Gesetzgebung das gewünschte Verfahren nicht *verbiete*. Die revidierte Konvention änderte dies ab: es soll nicht ein förmliches Verbot der Gesetzgebung gefordert werden, um den Antrag nicht zu berücksichtigen.

Der Fall, der diese Bestimmung im Auge hat, wird sich wohl ausschliesslich auf die religiöse Beeidigung von Zeugen und Experten und der Parteien, wenn sie etwa ausnahmsweise sogar als Zeugen angesehen und behandelt werden, beziehen. Der ersuchte Staat

kann hier sagen, dass seine Gesetzgebung nicht gestatte, die Ablegung des Eides zu erzwingen.

Im übrigen aber liegt in der Verpflichtung zur Beobachtung ausländischer Formen auch bei einer Prozesshandlung im Inland ein Akt wirklicher Rechtshülfe; denn von der Beobachtung einer bestimmten Form kann für den urteilenden (ausländischen) Richter geradezu die Gültigkeit der Prozesshandlung abhängen (B.-B. 1898 II, S. 763).

IV. *Die Konvention hat über die Sprache der auszustellenden Ersuchungsschreiben Bestimmungen aufgestellt (Art. 10).*

1. Es kommt in erster Linie auf die Vereinbarung zwischen den Staaten des Konventionsgebietes an. Diese Vereinbarung kann sich auch auf eine den beiden Staaten fremde Sprache beziehen.

Vereinbarungen über die anzuwendende Sprache bestehen z. B. zwischen Deutschland und Schweden und Norwegen.

2. Eventuell muss im Konventionsgebiete das Ersuchungsschreiben:

a) in der Sprache des ersuchten Staates abgefasst oder

b) wenn es in der Sprache des ersuchenden Staates abgefasst ist, von einer Übersetzung in die Sprache des ersuchten Staates oder in die vereinbarte Sprache begleitet sein. Diese Übersetzung ist von dem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder von einem beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates zu beglaubigen.

Vgl. Art. 3 zur Parallele.

3. Diese Ordnung der Dinge schliesst nicht aus, dass einzelne Staaten untereinander für sich eine andere Vereinbarung treffen.

V. *Die Konvention schafft den diplomatischen Weg ab und bezeichnet den direkten Verkehr mit den Behörden des ersuchten Staates durch Vermittlung der Konsuln als die Regel. Immerhin wird der diplomatische Weg als Ausnahme vorbehalten (Art. 9,$_3$).*

1. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass im Konventionsgebiete der ersuchende Staat sich an seinen im ersuchten Staat befindlichen konsularischen Vertreter wendet, der dann die Übermitt-

lung an die vom ersuchten Staat zu bezeichnende Behörde vornimmt (Art. 9,$_1$). Damit wird der diplomatische Weg auf die Seite gestellt und als unnötig erklärt. Die interne Behörde tritt dann mit jenem Vertreter in Beziehung, um ihm in einer Urkunde mitzuteilen:

a) wie das Gesuch erledigt wurde,

b) warum es eventuell nicht erledigt werden konnte.

Bestehen keine Hinderungsgründe, so wird das Ersuchungsschreiben jeweilen durch die Behörde des ersuchten Staates vollzogen.

2. Die Regel wird durchbrochen:

a*)* allgemein im Konventionsgebiet, wenn ein Staat für die Übermittlung der auf seinsem Gebiete zu erledigenden Ersuchungsschreiben den diplomatischen Weg als allein zulässig erklärt (Art. 9,$_3$). Dies tat die Schweiz. Freilich ist auch hier zu beachten, dass die bestehenden Vereinbarungen (§ 73 unten) reserviert bleiben.

b) zwischen zwei Staaten, wenn sie sich über eine direkte Zulassung der unmittelbaren Übermittlung von Ersuchungsschreiben verständigen (Art. 9,$_4$).

3. Nun ist aber auch noch möglich, dass die direkte Erledigung von Ersuchungsschreiben im anderen Staate durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates selbst vorgenommen wird. Dies ist laut Art. 15 statthaft:

a) wenn die beteiligten Staaten ein darauf gerichtetes Abkommen treffen.

b) wenn der Staat, in welchem jene Vertreter sich befinden, der Vornahme dieses Aktes nicht widerspricht.

Ein solches Abkommen schliesst die Schweiz nicht ab, und es findet auch eine solche tatsächliche Duldung in der Schweiz nicht statt. Ein diplomatischer oder konsularischer Vertreter ist also in diesem Staate nicht befugt, Ersuchungsschreiben direkt zu erledigen, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um die Angehörigen des betreffenden auswärtigen Staates handelt, im Gegensatz zu Art. 8 i. f.

4. Wenn über die Erledigung von Ersuchungsschreiben Schwierigkeiten entstehen, so müssen sie stets auf diplomatischem Wege behandelt werden.

VI. *Die Konvention hat für die Erledigung der Ersuchungsschreiben die Kosten- und Gebührenfreiheit statuiert. Diese Regel ist aber verständigerweise eingeschränkt worden.*

1. Das Prinzip der Kostenlosigkeit wird in Art. 16 Abs. 1 an die Spitze gestellt. Allein es erfährt sofort Ausnahmen in Abs. 2.

Die Schweiz hat die Gebührenfreiheit mehrfach in grösserem Umfang staatsvertraglich zugestanden (Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 64).

2. Die Ausnahmen beziehen sich:

a) auf Entschädigungen und Auslagen:

α) an Zeugen,

β) an Experten.

b) auf die Kosten, welche für die wegen Nichterscheinens von Zeugen erforderlich gewordene Mitwirkung eines Vollziehungsbeamten (officier ministériel) entstanden sind. Die Meinung ist hier (Actes 1894, S. 94), dass der ersuchte Staat zuerst versuchen soll, die Zeugen zum freiwilligen Erscheinen zu veranlassen, und dass er die Kosten der zwangsweisen Vorladung nur verrechnen darf, wenn er zuerst jene gütlichen Mittel versucht hat. Man nahm hier Rücksicht auf solche Staaten, nach deren Prozessrecht die Vorladung der Zeugen zunächst durch die Parteien erfolgt und erst im Falle ihrer Weigerung durch das Gericht unter Androhung von Rechtsfolgen. Dies trifft auch für einzelne Kantone der Schweiz zu, wie Appenzell und Genf. Wo aber die Zeugen von vorneherein durch das Gericht geladen werden, kann diesem nicht zuerst eine gütliche Ladung vorgeschrieben werden, der doch unfehlbar eine zwangsweise folgt, wenn der Zeuge nicht erscheint (B.-B. 1908 VI, S. 142).

c) auf die Kosten, die deswegen entstehen, weil die Beobachtung einer besonderen Form vom ersuchenden Staat verlangt wird (Art. 14, Abs. 2).

In allen diesen Fällen kann der ersuchte Staat Erstattung der Kosten verlangen.

III.

Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten.

§ 67. Der bestehende Rechtszustand bezüglich der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten.

Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 96
B.-B. 1898 II, S. 764 ff.

I. *Es bestehen laut den Gesetzen verschiedene Systeme, nach welchen eine Kautionspflicht des ausländischen Klägers zugunsten des inländischen Beklagten statuiert ist (cautio judicatum solvi; cautio pro expensis).*

Man kann in dieser Beziehung 4 Gruppen auseinanderhalten:

1. Die Nationalitätsgruppe. Ihr gehören Frankreich, Belgien und die Niederlande an. Das Wesen dieser Gruppe liegt darin, dass der eigene Staatsangehörige, auch wenn er nicht im Lande wohnt und daselbst kein Vermögen hat, von der Kautionspflicht befreit ist, dass aber der Fremde, auch wenn er im Lande wohnt, kautionspflichtig ist. Davon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Fremde mit besonderer Bewilligung der Regierung (zur Vorbereitung der Naturalisation) seinen Wohnsitz im internen Staate aufgeschlagen hat oder wenn er im Lande Grundeigentum in einem Wertbetrage besitzt, der zur Deckung der voraussichtlichen Prozesskosten hinreicht. Vgl.:

a) Art. 16 Code civil:

> En toutes matières autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement.

Durch Gesetz vom 6. März 1895 erhielt Art. 16 folgende Fassung (Journal XXII, 1895, S. 674):

> En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement.

b) Art. 166 Code de procéd. civ.:

> Tous étrangers demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus, si le defendeur le requiert, avant toute exception de fournir caution, de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés.

Art. 167 Code de procéd. civ.:

> Le jugement qui ordonnera la caution fixera la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie: le demandeur qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisants pour en répondre sera dispensé de fournir caution.

Laurent macht mit Recht darauf aufmerksam, dass ein Fremder ein bedeutendes bewegliches Vermögen besitzen könne und dass es dann unlogisch sei, gleichwohl eine Kaution zu verlangen (Droit civil international IV, S. 150).

2. Die Gegenrechtsgruppe. Es gilt das Prinzip der Reziprozität, d. h. die Befreiung des Ausländers von der Kautionspflicht unter der Bedingung, dass der Staat, dem der Ausländer angehört, gegenüber Angehörigen des Staates des Prozessgerichts von einer Kaution ebenfalls absieht. Das trifft zu:

a) in Deutschland nach § 110 der Z.-P.-O.,

b) in Spanien (Journal XIII, 1886, S. 698—701),

c) in Österreich nach § 57 Nr. 1 der Zivilprozessordnung (vgl. Schumacher in Zeitschrift Böhm-Niemeyer VI, S. 493 und 494).

3. Die Wohnsitzgruppe. Hier wird die Kautionspflicht von dem Mangel eines Wohnsitzes im Staatsgebiete der Prozessführung abhängig gemacht. Die Nationalität spielt hier keine Rolle. Dieser Gruppe gehörte die grosse Mehrheit der schweizerischen Kantone an. Der Schweizer, und sogar der Kantonsbürger, der ausserhalb seines Wohnsitzkantons einen Prozess führt, muss eine Kaution bestellen, auch wenn er in der Schweiz wohnt, ganz so, wie ein in seinem Lande wohnender Russe, Italiener, Franzose.

4. Die Vermögensgarantiegruppe. Diese Gruppe beruht auf dem Gedanken, dass wenigstens derjenige Kläger eine Kaution zu bestellen

habe, der zahlungsunfähig ist, ohne Rücksicht darauf, ob er Inländer oder Ausländer ist. Dieser Gruppe gehört Russland an.

II. *Neben der vom Kläger zugunsten des Beklagten zu leistenden Sicherheit gibt es in einzelnen Staaten auch noch eine besonders qualifizierte Vorschusspflicht der Ausländer zugunsten des Staates des Gerichtsortes für die Gerichtskosten.*

Diese Pflicht wurde z. B. in dem Gerichtskostengesetz des Deutschen Reiches statuiert.

III. *Die Ausländerkaution wurde theoretisch vielfach angefochten und vereinzelt auch durch Gesetz aufgehoben.*

1. In dieser Beziehung ist hinzuweisen auf:

a) Asser, Schets van het internationaal privaatregt 1880, S. 28, und Asser, in Revue de droit international VII, 1875, S. 374 und 375. Dieser Jurist bemerkt am letztern Orte: Cette caution, quand elle est exigée uniquement des étrangers, constitue une atteinte au principe de l'égalité par rapport aux droits civils.... La caution judicatum solvi est une grande entrave au libre exercice du droit d'ester en justice, non seulement à cause des dépôts d'argent auxquels elle oblige les demandeurs, mais surtout par les lenteurs qui peuvent être la conséquence du débat préliminaire auquel elle peut donner lieu, et qui souvent ouvre un vaste champ aux chicanes des défendeurs.

b) Laurent, Droit civil international IV, Nr. 71. Er macht darauf aufmerksam, dass die Tradition allein die Ausländerkaution festhalte: telle est l'influence de la tradition sur les légistes que la caution judicatum solvi passe d'un code ancien à un nouveau code sans autre raison sinon que cela doit être parce que cela est.

c) v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts II, S. 394, der bemerkt, dass die gesamte Prozesskostenkautionspflicht des ausländischen Klägers vielleicht in nicht zu ferner Zeit verschwinden werde,

d) das Institut de droit international, das den Satz aufstellte (Annuaire II, S. 44):

> L'étranger sera admis à ester en justice aux mêmes conditions que le régnicole.

2. In der Tat fehlt es der Ausländerkaution an einer sachlichen Begründung. Die Erhebung eines Prozesses im Ausland erfordert sowieso grosse Kosten, Mut und ein fast unzweifelhaftes Recht. Es rechtfertigt sich nicht, diese ungünstige Stellung des Klägers durch Kautionsauflagen noch zu erschweren (B.-B. 1898, II, S. 768). Andererseits ist die Tatsache, dass die Erhebung eines Prozesses schweren Schaden zufügen kann, zwar richtig, allein das Argument ist nicht schlüssig, weil damit eine Kautionspflicht *jedes* Klägers, auch des eigenen Angehörigen, bewiesen würde. Und doch wird man einen solchen Rechtszustand nicht als wünschenswert befürworten wollen.

3. Einzelne Staaten kennen die Ausländerkaution nicht.

a) Dies gilt vom italienischen Prozessgesetz: sie ist auf Grund des weitherzigen Art. 3 Codice civile verschwunden:

> Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini.

b) Auch Portugal kennt diese Kautionspflicht nicht,

c) Das gleiche gilt in Dänemark und Norwegen. In diesen Staaten sind freilich die vor dem obersten Gerichtshof plädierenden Anwälte für die Prozesskosten persönlich haftbar.

Anmerkungen.

1. In der Z. f. Schweiz. R. N. F. XXIX, S. 358, wird bemerkt, das Prinzip, dass ausländische Kläger von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten befreit sein sollen, sei falsch und praktisch unerträglich: „das streitet uns niemand weg".

2. Die Kautionspflicht ist auch im internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr aufgehoben worden.

Art. 56 Abs. 2, lautet folgendermassen:

> Eine Sicherstellung für die Prozesskosten kann bei Klagen, welche auf Grund des internationalen Frachtvertrages erhoben werden, nicht gefordert werden.

Die hier statuierte Dispensation von der Kaution kommt *jedem* Interessenten innerhalb des Konventionsgebietes zu, ohne dass das Domizil oder die Staatsangehörigkeit untersucht würde. Die Eisenbahnkonvention geht also weiter als die Haager Konvention. Vgl. unten § 68. Aber beide Staatsverträge stehen selbständig nebeneinander.

§ 68. Die Beseitigung der Ausländerkaution durch die Konvention.

I. *Im allgemeinen ist zu sagen, dass durch die Konvention die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten des Beklagten im ganzen Rechtsgebiete der Konvention beseitigt ist, soweit diese Verpflichtung auf der fremden Staatsangehörigkeit des Klägers oder auf dem Mangel eines Wohnsitzes oder Aufenthalts desselben im Inlande beruht.*

1. Die Angehörigen der betreffenden, der Konvention beigetretenen Staaten allein können sich darauf berufen. Darunter sind aber auch die eingetragenen juristischen Personen, Gesellschaften und Firmen zu rechnen (Actes 1894, S. 108).

Das gleiche Recht wie den Klägern, sich auf das Verbot der Ausländerkaution zu berufen, steht auch den Intervenienten (in ihren verschiedenen Modalitäten) zu. Diese Beschränkung auf die Angehörigen der Konventionsstaaten ist speziell gegenüber der in § 67 Anm. 2 erwähnten Bestimmung des internationalen Eisenbahnfrachtvertrages hervorzuheben.

2. Aber auch auf die Angehörigen der Konventionsstaaten findet die Befreiung von der Kautionspflicht nicht ohne weiteres Anwendung. Als fernere persönliche Voraussetzung kommt vielmehr hinzu, dass der betreffende Kläger oder Intervenient seinen Wohnsitz in irgendeinem der Vertragsstaaten haben muss. Die Befreiung tritt also nicht ein, wenn der Betreffende zwar Angehöriger eines Konventionsstaates ist, aber nicht in einem derselben wohnt.

3. Die Befreiung von der Kautionspflicht kann von dem betreffenden Kläger oder Intervenienten nur gegenüber einem fremden Staate, nicht aber gegenüber seinem eigenen Heimatstaate geltend gemacht werden. Beispielsweise wird von der Ausländerkaution dispensiert der in Deutschland wohnende Deutsche, der in Frankreich eine Klage erhebt (Journal 1902, XXIX, S. 553 und 554).

Ein Zürcher, der in Frankfurt wohnt, kann dagegen in einem Prozesse, den er in Zürich führt, die Konvention nicht geltend machen (Vgl. unten § 73, I).

4. Die Konvention bezieht sich auch auf das patentamtliche Nichtigkeits- und Zurücknahmeverfahren, wie es z. B. nach dem

deutschen Rechte besteht. In dieser Weise ist von dem deutschen Patentamte mehrfach entschieden worden (Zeitschrift Böhm-Niemeyer XIII, S. 401—403).

5. Die inländische Filiale eines auswärtigen Kaufmanns oder einer ausländischen Gesellschaft ist innerhalb der Staaten der Konvention von der Kautionspflicht befreit.

6. Die Konvention bezieht sich nicht bloss auf internationale, sondern zum Teil auch auf interkantonale Verhältnisse. Ein deutscher Reichsangehöriger oder ein Italiener, der in einem schweizerischen Kanton wohnt und in einem andern Kanton einen Prozess führt, hat keine Kaution mangels Wohnsitz zu leisten, auch wenn in dem Staate des Prozessgerichts eine solche Kautionspflicht gegenüber einem schweizerischen Angehörigen noch besteht (H. E. XIX, 312/13 und A. E. XXVI, I. T., S. 485 und 486).

7. Die internationale Konvention ändert an denjenigen Prozessbestimmungen nichts, die jedem Kläger, ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes, eine Kaution auflegen. (A. E. XXVI, I. T., S. 482).

In dieser Beziehung ist auf § 44 der Zivilprozessordnung von Baselstadt zu verweisen, worin bestimmt wird, dass jeder Kläger dem Staate für alle durch die Klage veranlassten erstinstanzlichen Gerichtskosten hafte und auf Begehren deren mutmasslichen Betrag sofort zu erlegen habe.

II. *Durch die Konvention ist auch die in einzelnen Staaten bestehende spezielle Vorschusspflicht für Ausländer, die zugunsten des Staates für die Gerichtskosten besteht, aufgehoben.*

1. Die Frage, ob Art. 11 der früheren Konvention sich nur auf die Parteikosten oder auch auf die Gerichtskosten beziehe, ist auf der Haager Konferenz, wie aus einer Auskunft des deutschen auswärtigen Amtes an das Oberlandesgericht Hamburg ersichtlich ist (vgl. Seufferts Archiv, Bd. 46, Nr. 161 und R.-G. E., Bd. 52, Nr. 72) nicht zur Sprache gekommen. Es liess jedoch speziell die ganz allgemeine Formulierung des französischen Originaltextes „aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit“ keine andere Auslegung zu, als dass jede Sicherheitsleistung, also auch diejenige für Gerichtskosten, ausgeschlossen sein soll. In diesem Sinne wurde

Art. 11 auch speziell von den deutschen Gerichten in den angeführten Entscheidungen ausgelegt.

Allerdings ist richtig, dass Art. 12 der früheren Konvention von deutschen Gerichten dahin interpretiert wurde, dass er nur die Erleichterung des Einzugs der *Partei*kosten im Auge habe. Schweizerische Gerichte haben hieraus schliessen wollen, dass daher auch der als Korrelat des Art. 12 zu betrachtende Artikel 11 einschränkend zu interpretieren sei. Das Bundesgericht hat jedoch diese Auffassung zurückgewiesen und erklärt, die unrichtige Auslegung des Art. 12 durch einzelne deutsche Gerichte berechtige nicht zur restriktiven Handhabung des Art. 11 gegenüber deutschen Reichsangehörigen (A. E. XXXI, I. T., S. 683).

2. Die revidierte Konvention hat diesen Zweifel durch die Bestimmung des Art. 17 Abs. 2 beseitigt, worin die Gerichtskosten den Parteikosten bezüglich der Kautionsleistung ausdrücklich gleichgestellt werden.

II. *Es ist wohl zu beachten, dass die Konvention neben der Beseitigung der Ausländerkaution einen Einfluss auf die sonstigen Kautionsbestimmungen nicht ausübt.*

1. Es sind, wenn man sich speziell an das schweizerische Recht hält, nicht aufgehoben worden:

a) die prozessualen Kautionen zur Deckung der Barauslagen,

b) die Kautionen, welche das Gesetz wegen Insolvenz des Klägers statuiert, soweit nicht das Armenrecht geltend gemacht wird.

c) Kautionen, welche die Voraussetzung für einen bestimmt gearteten ausserordentlichen Rechtsschutz bilden. Bezüglich der schweizerischen Bundesgesetzgebung ist zu verweisen auf:

  α) Art. 16 des Autorrechtsgesetzes,

  β) Art. 27 des Patentgesetzes,

  γ) Art. $22_{,2}$ Gesetz über Muster und Modelle.

d) Kautionen, welche mit bestimmten Vorgängen im Exekutionsstadium zusammenhängen. Vgl.:

Art. 68 Sch. u. K. bestimmt:

Der Schuldner trägt die Betreibungskosten. Dieselben sind vom Gläubiger vorzuschiessen. Wenn der Vorschuss

nicht geleistet ist, kann das Betreibungsamt unter Anzeige an den Gläubiger die Betreibungshandlung einstweilen unterlassen.

Art. 105.

Der Gläubiger hat dem Betreibungsamte auf Verlangen die Kosten der Aufbewahrung und Unterhaltung gepfändeter Vermögensstücke vorzuschiessen.

Art. 169.

Der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren stellt, haftet für die bis zur ersten Gläubigerversammlung (Art. 235) entstehenden Kosten.

Das Gericht kann von dem Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen.

Art. 230.

Wird keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden, so macht das Konkursamt dem Konkursgerichte hievon Anzeige.

Das Konkursgericht beschliesst die Einstellung des Konkursverfahrens.

Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt mit der Anzeige, dass, falls nicht binnen 10 Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens begehre und für die Kosten hinreichende Sicherheit leiste, das Verfahren geschlossen werde.

Art. 251 (Kautionspflicht bei verspäteten Konkurseingaben).

Art. 272 (Kaution bei Arresten).

2. Nicht aufgehoben ist vollends die durch bestimmte materiellrechtliche Normen statuierte Kautionspflicht zur Sicherung eventueller Rechtsansprüche Dritter. Vgl. beispielsweise:

a) Art. 120 Code civ. und Art. 26 Codice civ.

b) Art. 601 Code civ. und Art. 497 Codice civ.

Anmerkungen:

1. Art. 29 Z.-P.-O. des Kantons Unterwalden ob dem Wald bestimmt: „Wenn der Kläger im Kanton keinen festen Wohnsitz hat, wenn derselbe zahlungsunfähig oder wenn anzunehmen ist, dass bei ihm die Erhebung der Gerichtskosten *Schwierigkeiten bereiten* wird, so kann er sowohl vom Gerichtspräsidenten als vom Gerichte aufgefordert werden, für den Betrag der Gerichtsgebühren und Prozesskosten Sicherheit

zu leisten." Zu dieser Norm bemerkt das Bundesgericht (A. E. XXX, 1. Teil, S. 369): Es dürfte wohl überhaupt nicht genügen, dass sich ein kantonales Gericht auf einen so unbestimmt formulierten Kautionsgrund, wie der Art. 29, lediglich allgemein beruft, um die Anwendbarkeit der internationalen Zivilprozesskonvention auszuschliessen. Es müssen vielmehr bestimmte Tatsachen, welche unter jenen subsumiert worden sind, angegeben werden, soll anders das Bundesgericht in der Lage sein, die tatsächliche Nachachtung jenes Staatsvertrages zu überwachen.

2. Selbstverständlich ist, dass die Bestimmungen von Prozessgesetzen, wodurch dem *Beklagten* Kaution auferlegt wird, durch die Konvention nicht berührt werden. Hier trifft deren Zweck, Erleichterung der Rechtsverfolgung, nicht zu. Vgl. z. B. § 266 des Zürch. Rechtspflegegesetzes. In noch höherem Masse gilt dies für Sicherheitsleistungen, durch die der Beklagte nicht nur die Prozesskosten, sondern auch den gegen ihn gerichteten *materiellen* Anspruch garantieren soll, z. B. im Vaterschaftsprozess. Vgl. § 520 Zürch. P.-R. und jetzt Art. 321 Z.-G.-B.

§ 69. Die internationale kostenlose Vollstreckbarkeitserklärung er Prozesskostenurteile und -Beschlüsse.

Reichel, Die Revision der internationalen Übereinkunft über den Zivilprozess, Z. des bern. Juristenvereins, Bd. 44 (1908) Heft 3 u. 4.
B.-B. 1908, VI, S. 146.

I. *Die Konvention hat die Entscheidungen betreffend die an den Beklagten zu zahlende Prozessentschädigung und betreffend den an die Gerichtskasse zu entrichtenden Kostenersatz international als ohne weiteres exekutionsfähig erklärt.*

1. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch die zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaates ohne Anhörung der Parteien, jedoch unter Vorbehalt eines späteren Rekurses der verurteilten Partei nach der Landesgesetzgebung.

Die Exequaturbehörde ist auf die Prüfung folgender Punkte beschränkt:

a) ob nach dem Gesetze des Prozessortes die Ausfertigung der Entscheidung die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt;

b) ob nach dem gleichen Gesetz die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat;

c) ob das Dispositiv der Entscheidung in der Sprache des Vollstreckungsstaates oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst oder von einer Übersetzung in eine dieser Sprachen begleitet ist.

Den Erfordernissen sub a und b wird genügt durch eine Erklärung der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates, dass die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat. Die Zuständigkeit dieser Behörde ist, vorbehältlich anderweitiger Übereinkunft, durch den höchsten Justizverwaltungsbeamten des ersuchenden Staates zu bescheinigen. Die Erklärung und die Bescheinigung müssen nach Vorschrift des Abs. 2, Ziff. 3, abgefasst und übersetzt sein.

2. Die geschilderte Modalität setzt ein Handeln der zwei Staaten, die in Frage kommen, auf diplomatischem Weg voraus. Indessen hat die Konvention auch die Möglichkeit vorgesehen, dass auf Grund von Vereinbarungen von zwei Staaten der beteiligten Partei selbst gestattet wird, die Vollstreckbarkeit zu beantragen (Art. 18 Abs. 3).

3. Indem die Konvention in dieser Weise vorging, hat sie namentlich auch ein Korrelat zur Beseitigung der Ausländerkaution geschaffen. Wer für die generelle Exekution der Urteile eintritt, wird freilich durch diese Neuerung nicht befriedigt. Allein jenes weitgehende Ziel darf nicht direkt ins Auge gefasst werden, und jedenfalls müssten gleichzeitig auch die Gerichtsstände staatsvertraglich geordnet werden.

4. Begrifflich ist es gleichgültig, ob die Festsetzung der Kosten in dem erkennenden Urteile oder in einem späteren, davon losgelösten Beschlusse stattfinde. Ferner ist es gleichgültig, ob in der Sache überhaupt kein Urteil, sondern nur ein Beschluss erlassen wurde.

5. Die Staatskassen oder die Gerichtskassen sind ebenfalls in der Lage, sich bezüglich der erlaufenen Gerichtskosten gegen den Ausländer, dem sie aufgelegt wurden, auf die Konvention zu berufen und die Vollstreckung zu verlangen (Art. 18 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2).

6. Allerdings versagt die Konvention dann, wenn der unterliegende Teil nach Erledigung des Prozesses sich in einem Staate niederlässt, der ihr nicht beigetreten ist. Immerhin ist es denkbar, dass auf Grund der Gesetzgebung oder Praxis dieses dritten Staates das Ziel doch erreicht wird. Allein der rechtliche Grund liegt dann nicht in der Konvention.

II. *Der Begriff der Kosten richtet sich nach dem Rechte des urteilenden Staates.*

1. Dies ist schon bei der Beratung der ersten Konvention (Actes

1893, S. 107) ausgesprochen worden. Die Aufklärung darüber, was unter den Kosten zu verstehen sei, wird häufig nicht sowohl im Prozessrechte als in den steuerrechtlichen Einrichtungen eines Staates gegeben werden.

2. Die Konvention bezieht sich auch auf die Kosten der Widerklage (D. J.-Z. 1904, S. 79; Zeitschrift Böhm-Niemeyer XIII, S. 404).

III. *Die Vollstreckbarkeitserklärung der Prozesskostenentscheidungen erfolgt kostenfrei.*

1. Mit der Annahme des Prinzips der Kostenlosigkeit ist ein erheblicher Fortschritt erzielt worden. Unter der früheren Konvention bestand die Schwierigkeit, dass die Vollstreckung des Urteils, welches den abgewiesenen Kläger zur Zahlung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung verurteilte, erhebliche Kosten verursachte. Diese Schwierigkeit veranlasste den schweizerischen Anwaltsverband, dem Bundesrat in einer Eingabe vom 6. Dezember 1905 das Gesuch zu stellen, es sei die Konvention im Sinne kostenloser Vollstreckung der Dispositive über Prozessentschädigung und Gerichtskosten zu revidieren oder, wenn dies nicht möglich sein sollte, bezüglich dieser Punkte auf den nächsten Termin zu kündigen. Dieser Mangel ist nun gehoben.

2. Allerdings ist mit der Unentgeltlichkeit der Vollstreckbarkeitserklärung noch nicht die vollständige Unentgeltlichkeit der Zwangsvollstreckung selbst erreicht. Diese besteht auch im internen Staate nicht und kann daher billigerweise auch im internationalen Verkehr nicht verlangt werden. Immerhin kann die Vollstreckungsinstanz mit Prozessentschädigungen nachhelfen.

IV. *Bezüglich der Schweiz sind noch einige spezielle Bemerkungen zu machen.*

1. Da in der Schweiz die Justizverwaltung zwischen Bund und Kantonen geteilt ist, ist es zweifelhaft, wer der höchste Justizverwaltungsbeamte ist, der die in Art. 19 Abs. 3, vorgesehene Kompetenzbescheinigung ausstellen kann. Soweit es sich um bundesgerichtliche Urteile handelt, wird das Bundesgericht selbst oder das eidgenössische Justizdepartement in Frage kommen. Soweit hingegen kantonale Urteile vorliegen, werden die kantonalen Regierungsräte

bezw. Justizdirektionen kompetent sein. Diese Trennung ist angesichts der staatsrechtlichen Verhältnisse der Schweiz unvermeidlich.

2. Das betreffende Zeugnis wird auf diplomatischem Wege dem Staat, woselbst die Exekution zu erfolgen hat, kostenlos übersandt, und hier wird von Amts wegen dafür gesorgt, dass der Entscheid auch exequierbar erklärt wird. Es genügt, dass auf Grund des Zeugnisses des andern Staats und ohne Anhören der Gegenpartei ausgesprochen wird: der Entscheid wird als exekutionsfähig erklärt. Allerdings hat man die Möglichkeit einer Bestreitung noch reservieren müssen („sauf recours ultérieur"), speziell auch deswegen, um vorzubehalten:

a) eine allfällige Untersuchung darüber, ob die ausländische Beurkundung authentisch ist oder nicht,

b) die Berücksichtigung solcher Tatsachen, die seit der Erteilung des Zeugnisses eingetreten sind, wie z. B. Zahlung, Kompensation, Erlass.

3. Was die schweizerischen Gläubiger, die im Auslande die ihnen gesprochenen Prozesskosten zur Exekution bringen wollen, anbetrifft, so stehen ihnen die dort existierenden Zwangsmassregeln zu Gebote, die deswegen eine grosse Vereinfachung erleiden, weil mit Hülfe der Beurkundung der obersten Instanz des Urteilsstaates und der einfachen Exequierbarkeitserklärung im Exekutionsstaate ein Titel geschaffen ist, der sofort, ohne Umschweife und ohne gerichtliche Verhandlungen zur Zwangsexekution führt.

4. Was die Schweizer anbetrifft, gegen welche ein Prozesskostenurteil oder -beschluss exequiert werden will, so ist folgendes zu sagen. Die Exequierbarkeit eines fremden, auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichteten Urteils oder Entscheides oder Beschlusses findet im Rechtsöffnungsverfahren seine Erledigung, (vgl. Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 491, B.-B. 1908 VI, S. 146). Man könnte daher auf den ersten Blick finden, dass die Konvention für die Schweiz eine Komplikation herbeiführe, namentlich auch deswegen, weil ja der Betriebene gemäss Art. 19 doch im Rechtsöffnungsverfahren die Frage der Authentizität und der Rechtskraft gleichwohl wieder in Frage ziehen könnte. Allein die Befürchtung, dass den Schuldnern in der Schweiz durch die Konvention zu viel Rechte im Exekutionsstaate eingeräumt werden, ist unbegründet. Wenn einmal der Staat

des Exekutionsortes auf Grund der ihm diplomatisch zugestellten und dokumentierten Rechtskraft die Exequierbarkeit festgestellt hat, wird gegen dieselbe der Regel nach im Exekutionsstaat vernünftigerweise nicht mehr Opposition erhoben werden, weil ja das Zeugnis des erkennenden Staates vollen Beweis schafft. Man musste aber zugunsten des Betriebenen ein Sicherheitsventil öffnen, das in ganz ausnahmsweisen Fällen zur Bedeutung gelangen kann: dies war nötig, weil eben die Exequierbarkeit, ohne den Schuldner anzuhören, ausgesprochen wird. Normalerweise wird unter diesen Umständen in der Schweiz die Betreibung erfolgen können und zum Ziele führen, ohne dass der Gläubiger einen Widerspruch zu gewärtigen hat. Wenn aber der Schuldner einen Rechtsvorschlag erhebt, so wird derselbe sofort vom Rechtsöffnungsrichter aufgehoben werden, sobald die Rechtsöffnung verlangt wird, es müsste denn sein, dass der Schuldner den ihm offen gelassenen Beweis leistet.

Anmerkung.

Die Z. f. Schw. R. N. F. 29, S. 358 bemerkt zu Art. 18 und 19 der Konvention ganz einfach: „Was mit diesen Neuerungen in Wirklichkeit gewonnen ist, verstehen wir nicht".

IV.

Das Armenrecht.

§ 70. Der bestehende Rechtszustand bezüglich des Armenrechts.

I. *Es bestehen bezüglich der Gewährung des Armenrechts (bénéfice du pauvre, assistance judiciaire, pro deo; beneficium annotationis) zugunsten von Ausländern verschiedene Systeme.*

1. Es gilt in einzelnen Staaten der Satz, dass der Fremde nur diejenigen Rechte geniesst, die ihm ausdrücklich eingeräumt sind.

2. Es entscheidet der Grundsatz der Reziprozität:

a) in Deutschland (§ 114 Z.-P.-O.)
b) in Österreich (§ $63_{,2}$ Z.-P.-O.)
c) in einzelnen schweizerischen Kantonen (Graubünden § 57, Schaffhausen § 187, Thurgau § 105). Vgl. auch § 51 der Zivilprozessordnung für den Kanton Glarus (1895), der bestimmt:

Das Armenrecht findet auch Anwendung auf Schweizerbürger und Bürger *vergegenrechteter Staaten.*

Der § 63 der Z.-P.-O. des Kantons Aargau (1901) bestimmt folgendes:

Mit Ausnahme der Haftpflichtfälle steht Ausländern der Anspruch auf Erteilung des Armenrechts nur dann zu, wenn sie entweder in der Schweiz ihren Wohnsitz haben oder wenn die Gegenseitigkeit gehandhabt wird oder zugesichert ist.

II. *Verschiedene Staaten, und so auch die Schweiz, haben allerdings Übereinkünfte abgeschlossen, kraft welcher die Gewährung des Armenrechts gegenseitig zugesichert wurde.*

1. Es bestehen folgende Übereinkünfte:

a) zwischen Deutschland und Frankreich vom 20. Februar 1880.

Art. 1. Deutsche werden in Frankreich und Franzosen werden in Deutschland unter denselben Bedingungen und gesetzlichen Voraussetzungen zum Armenrecht zugelassen, wie die Angehörigen des betreffenden Landes, in welchem die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht wird.

Art. 2. Das Armutszeugnis ist dem Ausländer, welcher zum Armenrecht zugelassen werden will, in allen Fällen von der Behörde seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes auszustellen.

Hält der Antragsteller sich nicht in dem Lande auf, in welchem er das Armenrecht nachsucht, so muss das Armutszeugnis von einem diplomatischen Agenten desjenigen Landes, in dessen Gebiet das Zeugnis vorgelegt werden soll, beglaubigt werden.

Hält er sich dagegen in dem Lande auf, in welchem er seinen Antrag stellt, so können ausserdem auch bei den Behörden seines Heimatlandes Erkundigungen über ihn eingezogen werden.

Art. 3. Sind Deutsche in Frankreich oder Franzosen in Deutschland zum Armenrecht verstattet, so sind sie hiermit von Rechts wegen auch von jeder Sicherheitsleistung oder Hinterlegung befreit, welche unter irgendeiner Benennung

von Ausländern wegen ihrer Eigenschaft als solche bei Prozessen gegen Inländer nach der Gesetzgebung des Landes, in welchem der Prozess geführt wird, gefordert werden könnte.

b) zwischen dem Deutschen Reiche und Belgien vom 18. Okt. 1878.

c) zwischen dem Deutschen Reiche und der österreichisch-ungarischen Monarchie vom 9. Mai 1886.

2. Bezüglich der Schweiz ist zu verweisen auf:

a) den Vertrag zwischen Frankreich und der Schweiz von 1869 (A. S. IX, S. 1002). Vgl. darüber B.-B. 1875 II, S. 4, Nr. 11. Art. 14 bestimmt:

> Die Schweizer in Frankreich und die Franzosen in der Schweiz haben Anspruch auf gerichtliche Verbeiständung in Gemässheit der Gesetze des Landes, in welchem sie die Verbeiständung verlangen. Jedoch soll neben den Förmlichkeiten, welche jene Gesetze vorschreiben, die Armut noch ausserdem durch Urkunden der kompetenten Behörden der Heimat der betreffenden Partei konstatiert werden.
>
> Diese Urkunden hat der diplomatische Agent des andern Landes zu legalisieren und seiner Regierung zu übermitteln.

b) die Übereinkunft zwischen der Schweiz und Italien betreffend die gegenseitige Bewilligung des Armenrechtes im Prozessverfahren, abgeschlossen den 8. November 1882, ratifiziert von Italien am 24. Dezember 1882, von der Schweiz am 4. April 1883 (N. F. VII, S. 80).

c) die Übereinkunft zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn betreffend das Armenrecht in Zivil- und Strafsachen, abgeschlossen den 8. Januar 1884, ratifiziert von der Schweiz am 24. März 1884, von Österreich-Ungarn am 17. Juni 1884 (N. F. VII, S. 491).

d) die Übereinkunft zwischen der Schweiz und Belgien betreffend die gegenseitige Bewilligung des Armenrechts im Prozessverfahren, abgeschlossen den 9. September 1886, ratifiziert von Belgien am 23. Oktober 1886, von der Schweiz am 24. Dezember 1886. (N. F. IX, S. 386)

§ 71. Die Neuerungen auf Grund der Konvention.

I. *Im Umkreise der Konvention gilt der Satz, dass die Angehörigen der Vertragsstaaten unter denselben gesetzlichen Bedingungen und Voraussetzungen zum Armenrecht zugelassen werden müssen, wie die Angehörigen des Staates, in dessen Gebiet das Armenrecht nachgesucht wird.*

1. Es besteht hier nunmehr eine völkerrechtlich bindende Verpflichtung. Darin liegt vom Gesichtspunkte der internationalen Humanität ein Fortschritt.

2. Die Art. 20—23 sagen nicht ausdrücklich, in welchen Angelegenheiten das aufgestellte Prinzip gelten solle. Indessen bezieht es sich auf Zivil- und Handelssachen, sowie auf die freiwillige Gerichtsbarkeit. Vgl. oben § 64.

3. Auch juristische Personen des Auslandes müssen zum Armenrecht zugelassen werden. In dieser Beziehung ist auf die Tatsache zu verweisen, dass die Kommission dies ausdrücklich aussprach (Actes 1894, S. 108: La commission est d'avis que le mot ressortissants comprend non seulement les personnes individuelles mais aussi les personnes collectives soit morales). Neumeyer meint in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer IX, S. 463, es müsse bewiesen werden, dass die Vergünstigung auch inländischen juristischen Personen zuteil werde. Diese Ansicht ist nicht richtig.

4. Voraussetzung zur Erlangung des Armenrechtes ist die Beibringung eines Armutszeugnisses, ausgestellt von den Behörden des *gewöhnlichen* Aufenthaltsortes des Petenten bezw. von den Behörden seines *derzeitigen* Aufenthaltsortes. Der Petent muss zwar einem Vertragsstaate angehören; hingegen ist es nicht erforderlich, dass die Behörden, welche das Zeugnis ausstellen, einem Vertragsstaate angehören. Hierdurch wird den Angehörigen von Vertragsstaaten, die sich in einem Nichtvertragsstaate aufhalten, die Möglichkeit verschafft, ein Armutszeugnis zu erhalten. Wenn der Petent sich nicht in dem Lande aufhält, wo das Armenrecht nachgesucht wird, ist das Zeugnis von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Landes zu beglaubigen, wo die Urkunde vorgelegt werden soll. Dieser Zusatz ist erst in die revidierte Konvention aufgenommen und von der Schweiz und Deutschland angeregt worden.

5. Der Inhalt des Zeugnisses, welches die Wohnortsbehörde ausstellt, muss dem Rechte des Prozessgerichtes entsprechen. Es wird eine gegenseitige Auskunftspflicht der Behörden statuiert (Art. 22). Die Behörde, die über den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts zu entscheiden hat, darf die ihr vorgelegten Zeugnisse zwar frei würdigen (Art. $22,_2$), aber sie darf nicht ohne sachliche, in den Akten begründete Aussetzungen darüber hinweggehen, sonst macht sie sich einer Rechtsverweigerung schuldig (A. E. XXXV, 1. T., S. 603).

6. Nun gibt es aber Länder, in welchen solche Zeugnisse, wie sie Art. 21 vorsieht, nicht ausgestellt werden (z. B. England). Wenn ein Schweizer, der in London wohnt, in Berlin einen Prozess führen will, so genügt es nach Art. 21, Abs. 1, Satz 2, dass der konsularische oder diplomatische Vertreter der Heimat das Dokument ausstellt (mit der Beglaubigung des Vertreters desjenigen Staates, in welchem der Prozess zu führen ist). Der konsularische oder diplomatische Vertreter hat die Möglichkeit, sich bei den auswärtigen oder heimatlichen Behörden zu erkundigen, neben andern Quellen der Information (Landsleuten und Sociétés de bienfaisance). Dies ist gegenüber der alten Konvention ein Fortschritt.

7. Wer auf das Armenrecht Anspruch macht, muss es in der Regel in jeder Instanz verlangen. Nach Erledigung des Prozesses kann das Begehren nicht mehr gestellt werden.

8. Was den Umfang des Armenrechtes anbetrifft, so ist hier zu unterscheiden:

a) in dem Staate, wo es nachgesucht wird, richtet es sich nach dem internen Prozessrecht. Hiernach bestimmt sich namentlich auch, ob eine amtliche Verbeiständung inbegriffen ist.

b) ausserdem wird durch Art. 23 eine gewisse internationale Wirkung der Bewilligung des Armenrechtes statuiert. Es wird das in einem Staat erteilte Armenrecht auch auf die in anderen Vertragsstaaten vorzunehmenden Zustellungen und Ersuchungsschreiben, die sich auf denselben Prozess beziehen, ausgedehnt.

II. *Kraft der Konvention fallen einzelne separate Staatsverträge zwischen solchen Staaten, die ihr angehören, dahin. Auch sonst übt sie*

auf das interne Recht einzelner Staaten, im Verhältnisse zu den beigetretenen Staaten, ihre Wirkung aus.

1. Der schweizerische Bundesrat kündete das italienisch-schweizerische Übereinkommen, und es trat am 12. Oktober 1901 ausser Kraft (B.-B. 1901 II, S. 6). Vgl. oben § 70.

2. Innerhalb der Staaten, welche z. B. mit Österreich der Haager Konvention beigetreten sind, ist § $63,_2$ der österreichischen Z.-P.-O. ausser Kurs gesetzt.

V.

Die Personalhaft.

§ 72. Die Aufhebung der Personalhaft durch die Konvention.

I. *Die erste Konvention, und sodann auch die revidierte, hat den Personalarrest insoweit als unzulässig erklärt, als er nach der internen Gesetzgebung auf die eigenen Angehörigen nicht anwendbar ist.*

1. Man darf nicht etwa meinen, dass die Haager Konvention die Personalhaft direkt im ganzen Unionsgebiet abgeschafft habe, vielmehr ist der Sinn des Art. 24 der, dass innerhalb der beteiligten Staaten derjenige Personalarrest nunmehr unzulässig ist, welcher nur gegen die Fremden statuiert werden kann.

Die meisten Staaten haben nun freilich die Personalhaft (contrainte par corps) beseitigt, so z. B. Frankreich, Deutschland, die Schweiz. Immerhin bleibt der sog. Sicherheitspersonalarrest, um wegen Fluchtverdacht die gefährdete Zwangsexekution zu sichern, vorbehalten (vgl. z. B. § 918, D. Z.-Pr.-O.). Für jene Staaten hat die erwähnte Bestimmung der Konvention keine Bedeutung.

2. Nun gibt es aber einzelne Gesetzgebungen, welche den Personalarrest speziell und ausschliesslich gegen Fremde zulassen, während er gegen Einheimische nicht statthaft ist. Dies gilt von den Niederlanden (Vgl. Art. 585 und 768 der Niederländischen Z.-P.-O.). Diese und ähnliche Bestimmungen sind kraft der Konvention dahingefallen.

II. *Die revidierte Konvention ging einen Schritt weiter, indem sie dem mit dem frühern Art. 17 korrespondierenden jetzigen Art. 24 einen*

zweiten Satz anfügte, durch welchen hinsichtlich der Personalhaft eine vollständige Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen gesichert wird — auch in den Niederlanden.

Zum Verständnisse der ganz abstrakt redigierten neuen Zusatzbestimmung mögen folgende Ausführungen dienen, welche auch den historischen Entstehungsgrund derselben vor Augen führen.

1. Ein deutscher Kaufmann kam 1901 in Deutschland in Konkurs, und er begab sich 1902 nach Amsterdam, um dort mit einem Gläubiger Vergleichsunterhandlungen zu führen. Hier wurde er aber auf Grund von zwei gegen ihn erwirkten Kontumazurteilen in Schuldhaft genommen. Um frei zu werden, erklärte der Kaufmann auch in Amsterdam den Konkurs, allein ohne Erfolg. Zwar führt die Konkurseröffnung in den Niederlanden die Aufhebung der Schuldhaft herbei, allein es ist zu beachten, dass Art. 710 der niederl. Z.-P.-O. bestimmt:

> Ne pourront être admis au bénéfice de cession:
> 1. les étrangers n'ayant pas de domicile fixe dans le royaume.

Nun ist es freilich wahr, dass die neue niederländische Konkursordnung von 1893 ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit für die Konkurseröffnung das Gericht des Wohnsitzes als zuständig erklärt, eventuell dasjenige des frühern niederländischen Wohnsitzes. Da nun aber der deutsche Kaufmann, um den es sich handelte, in den Niederlanden kein Domizil hatte (noch früher besass), wurde die Konkurserklärung in der zweiten Instanz wieder aufgehoben: es blieb bei der Verhaftung. Die im bisherigen Art. 17 der Konvention proklamierte Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen erwies sich in diesem Falle als eine bloss scheinbare. Der Schuldverhaft wird gegen die Fremden angewendet, während dies nicht der Fall ist bei Niederländern und Ausländern, die in den Niederlanden wohnen: diese können sich in Konkurs erklären und damit den Schuldverhaft abwenden. Dem Ausländer aber, der in den Niederlanden kein Domizil hat, ist dieser Weg nach Art. 710 Z.-P.-O. versperrt.

2. Man fand nun anlässlich der Revision der Konvention, die Gleichstellung der Ausländer mit den Einheimischen müsse eine vollständige sein, und deswegen wurde bestimmt, dass hinsichtlich des Schuldverhafts die in einem andern Vertragsstaate erfolgte Konkurseröffnung die gleiche Wirkung habe, wie die Konkurseröffnung im

internen Staate. Hierin liegt der Grund zu dem zweiten Absatze des Art. 24, der ganz allgemein bestimmt, dass eine Tatsache, gestützt auf welche ein im Inland wohnhafter Inländer die Aufhebung der Personalhaft verlangen kann, zugunsten des Angehörigen eines Vertragsstaates die gleiche Wirkung auch dann haben soll, wenn sich diese Tatsache im Ausland ereignet hat.

Anmerkungen.

1. Vgl. die Abhandlung von Kleinfeller, Über den Einfluss der Konkurseröffnung auf die Personalhaft mit Rücksicht auf Art. 17 des Haager Abkommens vom 14. November 1896 in Zeitschrift von Böhm-Niemeyer, XIII, S. 1—11 und ferner Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, S. 287/88.

2. Der erste Staat, der die Schuldhaft abgeschafft hat, war Spanien. Es geschah dies durch die Pragmatik König Karls III. vom 27. Mai 1786, Frankreich hat sie abgeschafft durch das Gesetz vom 22. Juli 1867, Deutschland (der norddeutsche Bund) durch Gesetz vom 29. Mai 1868 und die Schweiz durch Art. 59 B.-V. von 1874.

3. Die niederländische Zivilprozessordnung bestimmt in Art. $585,_{10}$:

> Die Schuldhaft findet gegen alle Fremden, die nicht im Königreich festen Wohnsitz haben, für Schulden statt, die sie gegenüber den Einwohnern des Landes eingegangen haben,

und in Art. 768:

> Die Fremden, welche im Königreich keinen festen Wohnsitz haben, können, auch ohne dass ein Urteil gegen sie vorliegt, auf Befehl des Bezirksgerichtspräsidenten für verfallene und einklagbare, gegen Einwohner des Königreichs eingegangene Schulden vorläufig festgenommen werden.

Schlussbemerkung.

§ 73. Der Einfluss der Konvention auf das in der Schweiz bestehende Recht.

I. *Die Konvention hatte zunächst für das interne schweizerische Prozessrecht die wichtige Folge, dass hinsichtlich der Ausländerkaution ein Konkordat unter den schweizerischen Kantonen vereinbart wurde.*

1. Die kantonalen Zivilprozessgesetze pflegten auch von den Angehörigen anderer Kantone Ausländerkautionen zu fordern, weil dieselben prozessualisch als Ausländer angesehen wurden. Angesichts der internationalen Prozesskonvention entstand nun das Resultat, dass die Angehörigen fremder Staaten in der Schweiz besser gestellt wurden als die Miteidgenossen. Vgl. oben § 68.

Da ferner die Befreiung von der Prozesskaution nur gegenüber einem fremden, nicht aber gegenüber dem eigenen Heimatstaate verlangt werden konnte, so ergab sich das Resultat, dass der im Ausland domizilierte Schweizer bei einem Prozess in der Schweiz schlechter gestellt war, als der im Ausland domizilierte, einem Vertragsstaat angehörige Ausländer. Vgl. oben § 68.

2. Die Kantone Zürich und St. Gallen machten deswegen die Anregung, ein Konkordat zu vereinbaren, wornach die gleiche Befreiung auch den Schweizern bei den von ihnen in andern Kantonen erhobenen Klagen zukomme.

Unter Mithülfe des eidg. Justizdepartements kam dann wirklich ein Konkordat „betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten“ zustande. Es lautet folgendermassen:

> Art. 1. Der Schweizerbürger, der als Partei oder Intervenient im Zivilprozesse in einem der dem Konkordat beigetretenen Kantone vor Gericht auftritt, kann, wenn er in einem andern der dem Konkordat beigetretenen Kantone seinen Wohnsitz hat, deswegen, weil er in dem Kanton, in welchem der Prozess geführt wird, keinen Wohnsitz hat, zu keinerlei Kostenversicherung angehalten werden; ebenso darf das Verlangen, einen für die Prozesskosten haftenden Vertreter zu stellen, aus diesem Grunde nicht gegen eine solche Prozesspartei oder einen solchen Intervenienten gestellt werden.
>
> Art. 2. Diese Vorschriften finden ebenfalls Anwendung auf Schweizerbürger, welche in einem auswärtigen Staate wohnen, der der internationalen Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 14. November 1896 beigetreten ist, und welche in einem der dem Konkordat beigetretenen Kantone in einer der in Art. 1 bezeichneten Eigenschaft vor Gericht auftreten.

3. Man darf auch hier wieder sagen, dass das internationale Recht auf die kantonalen Gesetze einen veredelnden Einfluss ausgeübt habe (ähnlich, wie es im Eisenbahn- und im Patentrecht geschah).

Besonders zu betonen ist Art. 2 des Konkordates, der die oben

hervorgehobene Schlechterstellung im Ausland domizilierter Schweizer gegenüber im Ausland domizilierten Ausländern, die einem Konventionsstaat angehören, beseitigt.

II. *Soweit die Schweiz mit einzelnen Staaten über die von der Konvention geregelten Materien Verträge abgeschlossen hat, sind dieselben zum Teil modifiziert worden, zum Teil vollständig in Kraft geblieben.*

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

A. Der zwischen *Frankreich* und der *Schweiz* abgeschlossene Staatsvertrag betreffend den Gerichtsstand und die Urteilsvollziehung von 1869 (O. S. IX, S. 1002) erlitt einige Abänderungen.

Nach der von der Schweiz mit der französischen Regierung geführten Korrespondenz (B.-B. 1910, I, S. 323) lag es Frankreich daran, ein gleichförmiges, der Konvention entsprechendes Verfahren mit allen Staaten einzuführen. Infolgedessen ist nun zu sagen:

1. Die Übermittlung von Akten aus der Schweiz kann durch die schweizerische Gesandtschaft in Paris direkt an den zuständigen Prokurator der Republik ohne Vermittlung des französischen Ministeriums geleitet werden.

Die lediglich zur Notifikation bestimmten Aktenstücke werden in der Regel in der Sprache des ersuchenden Staates übermittelt. Die Beifügung einer Übersetzung in der Sprache des ersuchten Staates ist nur erforderlich, wenn:

a) eine zwangsweise Notifikation verlangt wird, oder
b) die Zustellung unter Beobachtung einer besondern Form geschehen soll.

Es kommt hier die Konvention zur Anwendung (Art. 2 und 3). Darnach richtet sich auch die Erledigung der Kostenfrage (Nr. 3 unten).

2. In gleicher Weise verhält es sich mit den Ersuchungsschreiben (Rogatorien), obwohl der Staatsvertrag (in Art. 21) den diplomatischen Weg in kategorischer Weise vorschreibt.

Im Gegensatz zu dem bisherigen Verfahren müssen jetzt alle Rogatorien in französischer Sprache oder begleitet von einer französischen Übersetzung vorgelegt werden. Umgekehrt hat sich auch die französische Regierung verpflichtet, die an die Behörden der

deutschen oder italienischen Schweiz gerichteten Requisitorien mit Übersetzung in diesen Sprachen (auf dem angegebenen diplomatischen Wege) einzusenden.

3. Bezüglich der durch die Aktenzustellungen und den Vollzug der Requisitorien fraglicher Art entstehenden Kosten sind die Bestimmungen der Konvention (Art. 7 und 16) massgebend. Dies ist um so wichtiger, als Art. 21 des Staatsvertrages folgendes bestimmt:

> Die aus den Requisitorien erwachsenden Kosten fallen demjenigen Staate zu Last, der sie vollziehen soll.

Allerdings wurden mehrfach Zweifel über die Bedeutung dieser Bestimmung geäussert (Meili, Das internationale Zivilprozessrecht, S. 64 und 65). Jedenfalls ist Art. 16 der Konvention gerechter.

In Zukunft dürfen also, wie jetzt feststeht, die Auslagen für die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen dem ersuchenden Staate in Rechnung gebracht werden. Das gleiche ist der Fall, wenn es sich um Auslagen handelt, welche durch Zwangsmassnahmen gegenüber Zeugen und durch die Beobachtung speziell verlangter Förmlichkeiten erwachsen. Die kantonalen Behörden haben die Kosten dem Justiz- und Polizeidepartement in Bern aufzugeben, welches sie dann bei der französischen Botschaft erhebt. Umgekehrt nimmt das Justizdepartement Nachnahme bezüglich der Kosten, die von den französischen Behörden für die gewährte Rechtshülfe berechnet werden.

B. Die Erklärung zwischen *Österreich* und der *Schweiz* betreffend den direkten Verkehr der beiderseitigen Gerichtsbehörden von 1899 (O. S. N. F. XVIII, S. 2—5) bleibt weiter bestehen.

Diese Erklärung ist in mehrfacher Beziehung wichtig:

1. den schweizerischen Gerichten und den K. K. Gerichten und Staatsanwaltschaften der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder ist gestattet, bei gegenseitiger Rechtshülfeleistung in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten von der Vermittlung ihrer Korrespondenz auf diplomatischem Wege abzusehen (Art. 1).

Laut Art. II und III der Erklärung sind die Sendungen an die Oberlandesgerichte zu richten, in deren Sprengel die gewünschte Amtshandlung vorzunehmen ist. Oberlandesgerichte gibt es in

Wien, Prag, Brünn, Graz, Triest, Krakau, Lemberg, Zara und Innsbruck.

2. in Art. V der Erklärung wird hinsichtlich der Kosten der Rechtshülfe auf Art. XXII des Auslieferungsvertrages von 1896 verwiesen. Dann wird fortgefahren:

> Die im ersten und letzten Absatze dieses Artikels aufgestellten Grundsätze haben auch für den Rechtshülfeverkehr in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten zu gelten, mit der Massgabe jedoch, dass gleich den Entlöhnungen der Sachverständigen auch die zuerkannten Zeugengebühren und die Kosten für Beweisaufnahmen ausserhalb des Gerichtssitzes vom ersuchenden Teile zu ersetzen sind.

C. Im Verhältnis zu *Deutschland* gilt weiter die Erklärung von 1878 (O. S. N. F. III, S. 661), kraft deren im allgemeinen der direkte Verkehr zwischen den Gerichtsbehörden stattfindet. Die Erklärung lautet freilich etwas elastisch.

1. In der Erklärung von 1878 wird bestimmt:

> Den deutschen und schweizerischen Gerichtsbehörden ist der unmittelbare Geschäftsverkehr in allen Fällen gestattet, in welchen nicht der diplomatische Verkehr durch Staatsverträge vorgeschrieben ist oder infolge besonderer Verhältnisse rätlich erscheint.

2. Am 30. April 1910 wurde zwischen Deutschland und der Schweiz eine weitere Erklärung betreffend Vereinfachung des Rechtshülfeverkehrs vereinbart. Sie lautet folgendermassen:

> Zwischen dem schweizerischen Bundesrate und der Kaiserlich Deutschen Regierung ist im Anschluss an das Haager Abkommen über den Zivilprozess vom 17. Juli 1905 die nachstehende Vereinbarung zur weiteren Vereinfachung des Rechtshülfeverkehrs getroffen worden.
>
> Art. 1. Gemäss den Vorbehalten im Art. 1, Abs. 4, und im Art. 9, Abs. 4, des Haager Abkommens über den Zivilprozess vom 17. Juli 1905 wird in allen Fällen, in denen durch das Abkommen der Rechtshülfeverkehr in Zivil- und Handelssachen für die Mitteilung gerichtlicher und ausser-

gerichtlicher Urkunden, sowie für die Erledigung von Ersuchungsschreiben geregelt ist, der zwischen den schweizerischen und den deutschen gerichtlichen Behörden auf Grund der Vereinbarung vom 1./13. Dezember 1878 bestehende unmittelbare Geschäftsverkehr beibehalten.

Art. 2. In dem unmittelbaren Geschäftsverkehre werden die Schreiben der beiderseitigen Behörden in deren Landessprache abgefasst.

Die Bestimmungen des Art. 3 des Haager Abkommens über den Zivilprozess wegen Abfassung oder Übersetzung der dort bezeichneten Schriftstücke bleiben unberührt. Sind diesen Schriftstücken die vorgeschriebenen Übersetzungen nicht beigegeben, so werden sie von der ersuchten Behörde auf Kosten der ersuchenden Behörde beschafft.

Art. 3. Die Bestimmungen des Art. 2, Abs. 2, dieser Erklärung finden Anwendung auf die im Artikel 19 des Haager Abkommens über den Zivilprozess bezeichneten Schriftstücke, die den auf diplomatischem Wege zu stellenden Anträgen wegen Vollstreckbarkeitserklärung von Kostenentscheidungen beizufügen sind.

Gemäss dem Vorbehalt im Art. 19, Abs. 3, des Abkommens soll die dort vorgesehene Bescheinigung des höchsten Justizverwaltungsbeamten über die Zuständigkeit der Behörde, welche die Erklärung über die Rechtskraft der Kostenentscheidung abgibt, nicht verlangt werden, wenn die Erklärung nach dem Beglaubigungsvertrage vom 14. Februar 1907 keiner Beglaubigung bedarf. Vgl. O. S. N. F. XXIII, S. 397.

Art. 4. Soweit nach dem Haager Abkommen über den Zivilprozess Kosten in Rechnung gestellt werden können, werden sie nach den Vorschriften berechnet, die in dem ersuchten Staate für gleiche Handlungen in einem inländischen Verfahren gelten.

Art. 5. Die gegenwärtige Erklärung tritt am 1. Juni 1910 in Wirksamkeit und bleibt in Kraft bis zum Ablaufe von sechs Monaten nach erfolgter Kündigung seitens des einen oder des andern der beiden Teile.

Diese Erklärung trat am 1. Juni 1910 in Kraft. Der Bundesrat richtete an die Kantonsregierungen am 23. Mai 1910 ein Kreisschreiben, worin er folgendes ausführt (B.-B. 1910, III, S. 713).

> In Art. 1 dieser Erklärung ist der Fortbestand der Vereinbarung vom 1./13. Dezember 1878 betreffend den unmittelbaren Geschäftsverkehr zwischen den schweizerischen und deutschen Gerichtsbehörden gewährleistet.
>
> Durch Art. 2, Absatz 1, ist den beidseitigen Behörden grundsätzlich die Befugnis eingeräumt, sich im Verkehr miteinander der eigenen Sprache zu bedienen. Gemäss Absatz 2 desselben Artikels soll es jedoch bei den Bestimmungen der internationalen Übereinkunft vom 17. Juli 1905 wegen Abfassung oder Übersetzung der dort bezeichneten, gegebenenfalls unter Anwendung von Zwang oder in einer besonderen Form zuzustellenden Schriftstücke sein Bewenden haben, da in solchen Fällen den ersuchten Behörden die Zustellung eines ihnen unverständlichen Schriftstückes nicht wohl zugemutet werden kann.
>
> Das gleiche gilt gemäss Art. 3, Absatz 1, der Erklärung für die Bestimmungen des Art. 19 der erwähnten internationalen Übereinkunft mit Bezug auf die den Ansuchen um Vollstreckungserklärung von Kostenentscheidungen beigefügten Schriftstücke, damit nicht etwa sprachliche Schwierigkeiten die sachgemässe Behandlung solcher Ansuchen hindern.
>
> In beiden Fällen sollen die erforderlichen Übersetzungen, soweit sie den Schriftstücken nicht beiliegen, der Einfachheit halber von der ersuchten Behörde auf Kosten der ersuchenden beschafft werden.
>
> In Art. 3, Absatz 2, ist sodann bestimmt, dass die im Art. 19, Absatz 3, der internationalen Übereinkunft betreffend das Zivilprozessrecht vorgeschriebene Bescheinigung über die Zuständigkeit der die Erklärung der Rechtskraft abgebenden Behörde nicht verlangt werden kann, wenn die Erklärung nach dem Beglaubigungsvertrage zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reiche vom 14. Februar 1907 keiner Beglaubigung bedarf.
>
> Durch Art. 4 ist im Rahmen der für den internen Verkehr diesfalls geltenden Bestimmungen die Erhebung der

entstandenen Kosten in den Fällen zugestanden, in welchen eine solche nach Massgabe der internationalen Übereinkunft vom 17. Juli 1905 gestattet ist. Es können demnach im Verkehr mit den deutschen Behörden die bei der Vollziehung von Rogatorien in Zivilsachen an Zeugen und Experten zu entrichtenden Entschädigungen erhoben werden, und ebenso dürfen für Aktenzustellungen, die zwangsweise oder in einer bestimmten Form stattzufinden haben, Gebühren bezogen werden.

Das Abkommen tritt mit dem 1. Juni 1910 in Kraft.

D. Zwischen *Belgien* und der Schweiz wurde 1900 eine Erklärung ausgetauscht (O. S. N. F. XVIII, S. 295 und 296), worin der direkte Verkehr der Gerichtsbehörden vorgesehen ist. Dabei hat es sein Verbleiben. Die Erklärung lautet:

> Die schweizerischen und belgischen Gerichtsbehörden (Gerichte und Staatsanwälte) sind ermächtigt, für die Übermittlung der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Urkunden und der Rogatorien in Zivil- oder Handelsstreitigkeiten direkt miteinander zu verkehren, sofern nicht besondere Umstände die diplomatische Übermittlung erfordern.

E. Das Verfahren mit *Italien*, das im Niederlassungs- und Konsularvertrage von 1868/69 (O. S. IX, S. 706/755) geordnet ist, erlitt eine Abänderung (B.-B. 1910, I, S. 323).

In Italien dürfen nunmehr die gerichtlichen oder aussergerichtlichen Schriftstücke, welche zur Zustellung an dort wohnhafte Personen bestimmt sind, durch die fremden Konsuln jeweilen dem Prokurator des Bezirksgerichts, wo die Notifikation stattzufinden hat, übermittelt werden (B.-B. 1910, I, S. 324). Darnach können die kantonalen Behörden die Aktenstücke den schweizerischen Konsulaten in Italien direkt zur Weiterleitung zugehen lassen, nämlich:

der schweizerischen Gesandtschaft in Rom für die in der Provinz Rom sich aufhaltenden Personen;

dem schweizerischen Konsulat in Turin zur Zustellung in den Provinzen Turin, Novara und Alexandrien;

dem schweizerischen Konsulat in Mailand zur Zustellung in den Provinzen Mailand, Sondrio, Como, Bergamo, Brescia, Cremona, Mantua, Modena, Reggio-Emilia, Parma, Piacenza und Pavia;

dem schweizerischen Konsulat in Venedig zur Zustellung in den Provinzen Venedig, Udine, Belluno, Treviso, Vicenza, Verona, Padua, Rovigo und Ferrara;

dem schweizerischen Konsulat in Genua zur Zustellung in den Provinzen Genua, Porto Maurizio, Sassari und Cagliari;

dem schweizerischen Konsulat in Livorno zur Zustellung in den Provinzen Livorno, Pisa, Lucca, Massa-e-Carrara und Grosseto;

dem schweizerischen Konsulat in Florenz zur Zustellung in den Provinzen Florenz, Arezzo und Siena;

dem schweizerischen Konsulat in Ancona zur Zustellung in den Provinzen Ancona, Bologna, Ravenna, Forli, Pesaro und Urbino, Perugia, Macerata, Ascoli-Piceno, Teramo, Aquila und Chieti;

dem schweizerischen Konsulat in Neapel zur Zustellung in den Provinzen Neapel, Caserta, Benevento, Campobasso, Foggia, Avellino, Salerno, Potenza, Bari, Lecce, Cosenza, Catanzaro und Reggio Calabria;

dem schweizerischen Konsulat in Palermo zur Zustellung in Sizilien.

Hinsichtlich der Ersuchungsschreiben (Requisitorien) verbleibt es bei den bisherigen in Art. III des Protokolls zu dem Vertrag von 1868/69 festgesetzten Verfahren, worin bestimmt wird:

> Behufs der Vollziehung des Art. 9 des nämlichen Vertrags ist vereinbart worden, dass die Appellationshöfe des Königreichs, das Bundesgericht und das Obergericht jedes eidgenössischen Standes fortan direkt miteinander korrespondieren können in bezug auf alles, was die Zusendung und die Erledigung von Rogatorien in Zivil- oder Strafsachen betrifft.

Die Requisitorien gehen also von der Schweiz aus durch die kantonalen Obergerichte an die Prokuratoren bei den italienischen Appellationshöfen (Ancona, Aquila, Bologna, Brescia, Cagliari, Casale Monferrato, Catania, Catanzaro, Florenz, Genua, Lucca, Messina, Mailand, Neapel, Palermo, Parma, Rom, Turin, Trani, Venedig).

F. Im Verhältnis zu *Spanien* verbleibt es der Hauptsache nach bei dem Staatsvertrag über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen (O. S. XVI, S. 780).

In Art. 8 wird folgendes bestimmt:

> Gerichtliche Aktenstücke, Ladungen, Kundmachungen, Aufforderungen und anderweitige prozessualische Aktenstücke, sowie Rogatorien, sollen zuständigen Ortes durch Vermittlung der diplomatischen oder konsularischen Vertreter der beidseitigen Regierungen überreicht werden; die Regierungen sorgen für die Zustellung, beziehungsweise Vollziehung, es wäre denn, dass die Grundsätze des öffentlichen Rechts ihres Landes der Zustellung oder Vollziehung entgegenstehen.
>
> Die Kosten fallen dem ersuchten Staate zur Last.
>
> Wenn Aktenstücke, Ladungen, Kundmachungen, Aufforderungen etc. in einer andern Sprache ausgestellt sind, soll ihnen eine gehörig beglaubigte Übersetzung in französischer Sprache beigelegt werden.

Die Haager Konvention behält in Art. 3, 7 und 16 eine anderweitige Übereinkunft vor, und nun ist im vorliegenden Staatsvertrage mit Spanien die absolute Kostenfreiheit konstatiert worden; es geschah auf den speziellen Wunsch der Schweiz (B.-B. 1897, III, S. 494).

Für die Ablehnung der Rechtshülfe sind dagegen Art. 4 und 11 Nr. 3 der Konvention massgebend, da Spanien dieser auch beigetreten und eine anderweitige Verständigung in dieser Richtung nicht vorbehalten ist.

Anmerkungen.

1. Der Bundesrat hat am 5./20. November 1903 dem zwischen den Kantonen Zürich, Luzern, Baselstadt, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., St. Gallen, Aargau, Waadt, Neuenburg und Genf abgeschlossenen Konkordate betreffend die Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten die Genehmigung erteilt (B.-B. 1903 IV, S. 908). Das Konkordat ist in die eidg. Gesetzessammlung aufgenommen (N. F. XIX, S. 787 und 788). Als vollziehbar erklärt ist es mit der erfolgten Publikation. Der Beitritt weiterer Kantone wurde vom Bundesrat in dem Sinne vorbehalten, dass später erfolgende Beitrittserklärungen durch den Bundesrat in der eidgenössischen Gesetzessammlung zu publizieren sind und dass von der Publikation hinweg das Konkordat auch für die neu beigetretenen Kantone Rechtswirksamkeit erhält. Es traten ferner bei: Zug (XIX, S. 789), Tessin (XIX, S. 297), Glarus (XIX, S. 805), Graubünden (XX, S. 43), Schwyz (XX, S. 61), Bern (XXI, S. 315), Baselland (XXI, S. 729), Thurgau (XXI, S. 750), Solothurn (XXIII, S. 71). Darnach ist das Konkordat von 17½ Kantonen angenommen.

2. Auch heute noch fehlen folgende Kantone: Uri, Obwalden, Nidwalden, Freiburg, Appenzell I.-Rh. und Wallis.

3. Die Rechtshülfe zwischen Staaten, mit denen die Schweiz keine Verträge abgeschlossen hat, vollzieht sich auf dem diplomatischen Wege. Speziell mag hier hervorgehoben werden, dass es im Gegensatz zu Österreich keinen direkten Verkehr mit Ungarn gibt.

4. Über den Verkehr zwischen den Staaten in internationalen Strafsachen vgl. Meili, Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts, S. 392 und 393.

Dritter Abschnitt.

Der Text der Konventionen.

A. Zivilrechtskonventionen.

I.

(Französischer Originaltext,)

Convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage.

Article 1er.

Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

Article 2.

La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant:

1° les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue;

2° la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous;

(Übersetzung.)

Abkommen zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung.

Artikel 1.

Das Recht zur Eingehung der Ehe bestimmt sich in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetze des Staates, dem er angehört (Gesetz des Heimatstaats), soweit nicht eine Vorschrift dieses Gesetzes ausdrücklich auf ein anderes Gesetz verweist.

Artikel 2.

Das Gesetz des Ortes der Eheschliessung kann die Ehe von Ausländern untersagen, wenn sie verstossen würde gegen seine Vorschriften über

1. die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft, für die ein absolutes Eheverbot besteht;

2. das absolute Verbot der Eheschliessung zwischen den des Ehebruchs Schuldigen, wenn auf Grund dieses Ehebruchs die Ehe eines von ihnen aufgelöst worden ist;

3° la prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'article 1er.

Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'article 6 de la présente Convention, aucun Etat contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

3. das absolute Verbot der Eheschliessung zwischen Personen, die wegen gemeinsamer Nachstellung nach dem Leben des Ehegatten eines von ihnen verurteilt worden sind.

Ist die Ehe ungeachtet eines der vorstehend aufgeführten Verbote geschlossen, so kann sie nicht als nichtig behandelt werden, falls sie nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetze gültig ist.

Unbeschadet der Bestimmungen des Art. 6, Absatz 1, dieses Abkommens ist kein Vertragsstaat verpflichtet, eine Ehe schliessen zu lassen, die mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe oder auf ein Hindernis religiöser Natur gegen seine Gesetze verstossen würde. Die Verletzung eines derartigen Ehehindernisses kann jedoch die Nichtigkeit der Ehe in einem anderen Lande als in dem, wo die Ehe geschlossen wurde, nicht zur Folge haben.

Article 3.

La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de loi indiquée par l'article 1er, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

Les autres Etats ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

Artikel 3.

Das Gesetz des Ortes der Eheschliessung kann ungeachtet der Verbote des im Art. 1 bezeichneten Gesetzes die Ehe von Ausländern gestatten, wenn diese Verbote ausschliesslich auf Gründen religiöser Natur beruhen.

Die andern Staaten sind berechtigt, einer unter solchen Umständen geschlossenen Ehe die Anerkennung als einer gültigen Ehe zu versagen.

Article 4.

Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'article 1er.

Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'Etat dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante.

Artikel 4.

Die Ausländer müssen zum Zwecke ihrer Eheschliessung nachweisen, dass sie den Bedingungen genügen, die nach dem im Art. 1 bezeichneten Gesetz erforderlich sind.

Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis der diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, dem die Verlobten angehören, oder durch irgendein anderes Beweismittel geführt werden, je nachdem die Staatsverträge oder die Behörden des Landes, in welchem die Ehe geschlossen wird, den Nachweis als genügend anerkennen.

Article 5.

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées; mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Artikel 5.

In Ansehung der Form ist die Ehe überall als gültig anzuerkennen, wenn die Eheschliessung dem Gesetze des Landes, in welchem sie erfolgt ist, entspricht.

Doch brauchen die Länder, deren Gesetzgebung eine religiöse Trauung vorschreibt, die von ihren Angehörigen unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift im Auslande eingegangenen Ehen nicht als gültig anzuerkennen.

Die Vorschriften des Gesetzes des Heimatstaats über das Aufgebot müssen beachtet werden; doch kann das Unterlassen dieses Aufgebots die Nichtigkeit der Ehe nur in dem Lande zur Folge haben, dessen Gesetz übertreten worden ist.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux.

Eine beglaubigte Abschrift der Eheschliessungsurkunde ist den Behörden des Heimatlandes eines jeden der Ehegatten zu übersenden.

Article 6.

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'Etat où le mariage a été célébré et si cet Etat ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois.

La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires.

Artikel 6.

In Ansehung der Form ist die Ehe überall als gültig anzuerkennen, wenn sie vor einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter gemäss seiner Gesetzgebung geschlossen wird, vorausgesetzt, dass keiner der Verlobten dem Staate, wo die Ehe geschlossen wird, angehört und dieser Staat der Eheschliessung nicht widerspricht. Ein solcher Widerspruch kann nicht erhoben werden, wenn es sich um eine Ehe handelt, die mit Rücksicht auf eine vormalige Ehe oder auf ein Hindernis religiöser Natur gegen seine Gesetze verstossen würde.

Der Vorbehalt des zweiten Alinea von Art. 5 ist anwendbar auf diplomatische oder konsularische Eheschliessungen.

Article 7.

Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée.

Artikel 7.

Eine Ehe, die in dem Lande, in welchem sie geschlossen wurde, in Ansehung der Form nichtig ist, kann gleichwohl in den anderen Ländern als gültig anerkannt werden, wenn die durch das Gesetz des Heimatstaats eines jeden der Verlobten vorgeschriebene Form beobachtet worden ist.

Article 8.

La présente Convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des Etats contractants entre personnes dont une au moins est ressortissante d'un de ces Etats.

Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

Article 9.

La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye, dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 10.

Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 décembre

Artikel 8.

Dieses Abkommen findet nur auf solche Ehen Anwendung, welche im Gebiete der Vertragsstaaten zwischen Personen geschlossen sind, von denen mindestens eine Angehöriger eines dieser Staaten ist.

Kein Staat verpflichtet sich durch dieses Abkommen zur Anwendung eines Gesetzes, welches nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist.

Artikel 9.

Dieses Abkommen, das nur auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten Anwendung findet, soll ratifiziert und die Ratifikationsurkunden sollen im Haag hinterlegt werden, sobald die Mehrzahl der Hohen vertragschliessenden Teile hierzu in der Lage ist.

Über die Hinterlegung soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten mitgeteilt werden.

Artikel 10.

Denjenigen Staaten, welche auf der dritten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, dieses Abkommen aber nicht gezeichnet haben, soll der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen freistehen.

Der Staat, welcher beizutreten wünscht, hat spätestens am 31. De-

1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celuici en enverra une copie, certifiée conforme, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

zember 1904 seine Absicht in einer Urkunde anzuzeigen, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten übersenden.

Article 11.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Artikel 11.

Dieses Abkommen tritt am sechzigsten Tage nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden oder nach dem Zeitpunkte der Anzeige von einem Beitritt in Kraft.

Article 12.

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

Artikel 12.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem Zeitpunkte der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.

Mit diesem Zeitpunkte beginnt der Lauf der Frist auch für diejenigen Staaten, welche die Hinterlegung erst nach diesem Zeitpunkte bewirken oder erst später beitreten.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablaufe des Zeitraums, der in den vorstehenden Absätzen bezeichnet ist, der Regierung der Niederlande zugestellt werden, die hiervon allen anderen Vertragsstaaten Kenntnis geben wird.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Staaten bleibt das Abkommen in Kraft.

II.

Convention pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de Corps.

Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett.

Article 1er.

Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre.

Il en est de même de la séparation de corps.

Artikel 1.

Die Ehegatten können eine Scheidungsklage nur dann erheben, wenn sowohl das Gesetz des Staates, dem sie angehören (Gesetz des Heimatstaats), als auch das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, die Scheidung zulassen.

Das gleiche gilt für die Trennung von Tisch und Bett.

Article 2.

Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes.

Il en est de même de la séparation de corps.

Artikel 2.

Auf Scheidung kann nur dann geklagt werden, wenn sie in dem zu beurteilenden Falle sowohl nach dem Gesetze des Heimatstaats der Ehegatten als auch nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, sei es auch aus verschiedenen Gründen, zulässig ist.

Das Gleiche gilt für die Trennung von Tisch und Bett.

Article 3.

Nonobstant les dispositions des articles 1er et 2, la loi nationale sera seule observée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet.

Artikel 3.

Ungeachtet der Bestimmungen der Artikel 1, 2 ist das Gesetz des Heimatstaats allein massgebend, wenn das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird, dies vorschreibt oder gestattet.

Article 4.

La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner à un fait qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité, le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps.

Artikel 4.

Das in den vorstehenden Artikeln bezeichnete Gesetz des Heimatstaats kann nicht angerufen werden, um einer Tatsache, die sich ereignet hat, während die Ehegatten oder einer von ihnen einem anderen Staate angehörten, die Wirkung eines Scheidungs- oder Trennungsgrundes zu verleihen.

Article 5.

La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée:

1° devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux;

2° devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur. Dans le cas d'abandon et dans le cas d'un changement de domicile opéré après que la cause de divorce ou de séparation

Artikel 5.

Die Klage auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett kann erhoben werden:

1. vor der nach dem Gesetze des Heimatstaats der Ehegatten zuständigen Gerichtsbarkeit;
2. vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des Ortes, wo die Ehegatten ihren Wohnsitz haben. Wenn die Ehegatten nach der Gesetzgebung ihres Heimatstaats nicht denselben Wohnsitz haben, so ist die Gerichtsbarkeit des Wohnsitzes des Beklagten zuständig. Im Falle der böslichen Verlassung oder im Falle einer Verlegung des Wohnsitzes nach dem Ein-

est intervenue, la demande peut aussi être formée devant la juridiction compétente du dernier domicile commun. — Toutefois la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps. La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage qui ne peut donner lieu à une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente.

tritte des Scheidungs- oder Trennungsgrundes kann die Klage auch vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des letzten gemeinsamen Wohnsitzes erhoben werden. — Die Gerichtsbarkeit des Heimatstaats ist allein berufen, soweit sie für die Scheidungs- oder Trennungsklage ausschliesslich zuständig ist. Doch bleibt die fremde Gerichtsbarkeit zuständig für eine Ehe, in Ansehung deren die Scheidungs- oder Trennungsklage vor der zuständigen Gerichtsbarkeit des Heimatstaats nicht erhoben werden kann.

Article 6.

Dans le cas où des époux ne sont pas autorisés à former une demande en divorce ou en séparation de corps dans le pays où ils sont domiciliés, ils peuvent néanmoins l'un et l'autre s'adresser à la juridiction compétente de ce pays pour solliciter les mesures provisoires que prévoit sa législation en vue de la cessation de la vie en commun. Ces mesures seront maintenues si, dans le délai d'un an, elles sont confirmées par la juridiction nationale; elles ne dureront pas plus longtemps que ne le permet la loi du domicile.

Artikel 6.

Falls die Ehegatten nicht berechtigt sind, eine Scheidungs- oder Trennungsklage in dem Lande ihres Wohnsitzes zu erheben, kann sich gleichwohl jeder von ihnen an die zuständige Gerichtsbarkeit dieses Landes wenden, um die vorläufigen Massnahmen zu erwirken, die in dessen Gesetzgebung für die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgesehen sind. Diese Massnahmen bleiben aufrecht erhalten, wenn sie innerhalb eines Jahres durch die Gerichtsbarkeit des Heimatstaats bestätigt werden; sie bleiben nicht länger bestehen, als es das Gesetz des Wohnsitzes gestattet.

Article 7.

Le divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'article 5, seront reconnus partout, sous la condition que les clauses de la présente Convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par défaut, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers.

Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnaît ce divorce et cette séparation.

Artikel 7.

Die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, die durch ein nach Artikel 5 zuständiges Gericht ausgesprochen werden, sind überall anzuerkennen, vorausgesetzt dass die Bestimmungen dieses Abkommens beobachtet worden sind, und dass im Falle eines Versäumnisurteils die Ladung des Beklagten entsprechend den besondern Vorschriften erfolgt ist, die das Gesetz seines Heimatstaats für die Anerkennung ausländischer Urteile erfordert.

In gleicher Weise sind überall anzuerkennen die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, die von einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgesprochen werden, vorausgesetzt, dass das Gesetz eines jeden der Ehegatten eine solche Scheidung oder Trennung anerkennt.

Article 8.

Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.

Artikel 8.

Wenn die Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, so ist ihr letztes gemeinsames Gesetz als das Gesetz ihres Heimatstaats im Sinne der vorstehenden Artikel anzusehen.

Article 9.

La présente Convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps formées dans l'un des Etats contractants, si

Artikel 9.

Dieses Abkommen findet nur auf solche Scheidungs- und Trennungsklagen Anwendung, welche in einem der Vertragsstaaten erhoben werden,

l'un des plaideurs au moins est ressortissant d'un de ces Etats.

Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

und zwar nur dann, wenn mindestens eine der Parteien einem dieser Staaten angehört.

Kein Staat verpflichtet sich durch dieses Abkommen zur Anwendung eines Gesetzes, welches nicht dasjenige eines Vertragsstaates ist.

Article 10.

La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye, dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Artikel 10.

Dieses Abkommen, das nur auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten Anwendung findet, soll ratifiziert, und die Ratifikationsurkunden sollen im Haag hinterlegt werden, sobald die Mehrzahl der Hohen vertragschliessenden Teile hierzu in der Lage ist.

Über die Hinterlegung soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten mitgeteilt werden.

Article 11.

Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 Décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra une copie, certifiée

Artikel 11.

Denjenigen Staaten, welche auf der dritten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, dieses Abkommen aber nicht gezeichnet haben, soll der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen freistehen.

Der Staat, welcher beizutreten wünscht, hat spätestens am 31. Dezember 1904 seine Absicht in einer Urkunde anzuzeigen, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine be-

conforme, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

glaubigte Abschrift davon auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten übersenden.

Article 12.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Artikel 12.

Dieses Abkommen tritt am sechzigsten Tage nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden oder nach dem Zeitpunkte der Anzeige von einem Beitritt in Kraft.

Article 13.

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

Artikel 13.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem Zeitpunkte der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.

Mit diesem Zeitpunkte beginnt der Lauf der Frist auch für diejenigen Staaten, welche die Hinterlegung erst nach diesem Zeitpunkte bewirken oder erst später beitreten.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablaufe des Zeitraums, der in den vorstehenden Absätzen bezeichnet ist, der Regierung der Niederlande zugestellt werden, die hiervon allen anderen Vertragsstaaten Kenntnis geben wird.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Staaten bleibt das Abkommen in Kraft.

III.

Convention pour régler la tutelle des mineurs.

Article 1er.

La tutelle d'un mineur est réglée par sa loi nationale.

Article 2.

Si la loi nationale n'organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l'étranger, l'agent diplomatique ou consulaire autorisé par l'Etat dont le mineur est le ressortissant pourra y pourvoir, conformément à la loi de cet Etat, si l'Etat de la résidence habituelle du mineur ne s'y oppose pas.

Article 3.

Toutefois, la tutelle du mineur ayant sa résidence habituelle à l'étranger s'établit et s'exerce conformément à la loi du lieu, si elle n'est pas ou si elle ne peut pas être constituée conformément aux dispositions de l'article 1er ou de l'article 2.

Abkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige.

Artikel 1.

Die Vormundschaft über einen Minderjährigen bestimmt sich nach dem Gesetze des Staates, dem er angehört (Gesetz des Heimatstaats).

Artikel 2.

Sieht das Gesetz des Heimatstaats für den Fall, dass der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande hat, die Anordnung einer Vormundschaft im Heimatlande nicht vor, so kann der von dem Heimatstaate des Minderjährigen ermächtigte diplomatische oder konsularische Vertreter gemäss dem Gesetze dieses Staates die Fürsorge übernehmen, sofern der Staat, in dessen Gebiete der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dem nicht widerspricht.

Artikel 3.

Falls eine Vormundschaft gemäss den Bestimmungen des Artikel 1 oder des Artikel 2 nicht angeordnet ist oder nicht angeordnet werden kann, so ist für die Anordnung und die Führung der Vormundschaft über einen Minderjährigen, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande hat, das Gesetz des Aufenthaltsortes massgebend.

Article 4.

L'existence de la tutelle établie conformément à la disposition de l'article 3 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle par application de l'article 1[er] ou de l'article 2.

Il sera, le plus tôt possible, donné information de ce fait au Gouvernement de l'Etat où la tutelle a d'abord été organisée. Ce Gouvernement en informera, soit l'autorité qui aurait institué la tutelle, soit, si une telle autorité n'existe pas, le tuteur lui-même.

La législation de l'Etat où l'ancienne tutelle était organisée décide à quel moment cette tutelle cesse dans le cas prévu par le présent article.

Article 5.

Dans tous les cas, la tutelle s'ouvre et prend fin aux époques et pour les causes déterminées par la loi nationale du mineur.

Article 6.

L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation.

Artikel 4.

Ist die Vormundschaft gemäss der Bestimmung des Artikel 3 angeordnet, so kann gleichwohl eine neue Vormundschaft auf Grund des Artikel 1 oder des Artikel 2 angeordnet werden.

Hiervon ist der Regierung des Staates, in welchem die Vormundschaft zuerst angeordnet wurde, sobald wie möglich Nachricht zu geben. Diese Regierung hat davon entweder die Behörde, welche die Vormundschaft angeordnet hat, oder in Ermangelung einer solchen Behörde den Vormund selbst zu benachrichtigen.

In dem Falle, den dieser Artikel vorsieht, bestimmt sich der Zeitpunkt, in welchem die ältere Vormundschaft endigt, nach der Gesetzgebung des Staates, in dessen Gebiete diese Vormundschaft angeordnet war.

Artikel 5.

In allen Fällen bestimmen sich der Zeitpunkt und die Gründe für den Beginn sowie für die Beendigung der Vormundschaft nach dem Gesetze des Heimatstaates des Minderjährigen.

Artikel 6.

Die vormundschaftliche Verwaltung erstreckt sich auf die Person, sowie auf das gesamte Vermögen des Minderjährigen, gleich-

Cette règle peut recevoir exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

viel, an welchem Orte sich die Vermögensgegenstände befinden.

Von dieser Regel sind Ausnahmen zulässig in Ansehung solcher Grundstücke, welche nach dem Gesetze der belegenen Sache einer besonderen Güterordnung unterliegen.

Article 7.

En attendant l'organisation de la tutelle, ainsi que dans tous les cas d'urgence, les mesures nécessaires pour la protection de la personne et des intérêts d'un mineur étranger pourront être prises par les autorités locales.

Artikel 7.

Solange die Vormundschaft nicht angeordnet ist, sowie in allen dringenden Fällen können die zuständigen Ortsbehörden die Massregeln treffen, die zum Schutze der Person und der Interessen eines minderjährigen Ausländers erforderlich sind.

Article 8.

Les autorités d'un Etat sur le territoire duquel se trouvera un mineur étranger dont il importera d'établir la tutelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'Etat dont le mineur est le ressortissant.

Les autorités ainsi informées feront connaître le plus tôt possible aux autorités qui auront donné l'avis si la tutelle a été ou si elle sera établie.

Artikel 8.

Liegt Anlass vor, für einen minderjährigen Ausländer die Vormundschaft anzuordnen, so haben die Behörden des Staates, in dessen Gebiet er sich befindet, von dem Sachverhalte, sobald dieser ihnen bekannt wird, die Behörden des Staates zu benachrichtigen, dem der Minderjährige angehört.

Die in solcher Art benachrichtigten Behörden sollen den Behörden, die ihnen die Mitteilung gemacht haben, sobald wie möglich Kenntnis geben, ob die Vormundschaft angeordnet ist oder angeordnet werden wird.

Article 9.

La présente Convention ne s'applique qu'à la tutelle des mineurs ressortissants d'un des Etats con-

Artikel 9.

Dieses Abkommen findet nur Anwendung auf die Vormundschaft über Minderjährige, die Angehörige

tractants, qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces Etats.

Toutefois, les articles 7 et 8 de la présente Convention s'appliquent à tous les mineurs ressortissants des Etats contractants.

eines der Vertragsstaaten sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiete eines dieser Staaten haben.

Die Artikel 7 und 8 dieses Abkommens finden jedoch auf alle Minderjährige Anwendung, die Angehörige eines Vertragsstaates sind.

Article 10.

La présente Convention, qui ne s'applique qu'aux territoires européens des Etats contractants, sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à la Haye, dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Artikel 10.

Dieses Abkommen, das nur auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten Anwendung findet, soll ratifiziert, und die Ratifikationsurkunden sollen im Haag hinterlegt werden, sobald die Mehrzahl der Hohen vertragschliessenden Teile hierzu in der Lage ist.

Über die Hinterlegung soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten mitgeteilt werden.

Article 11.

Les Etats non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit International Privé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'Etat qui désire adhérer notifiera, au plus tard le 31 Décembre 1904, son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra une copie, certi-

Artikel 11.

Denjenigen Staaten, welche auf der dritten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, dieses Abkommen aber nicht gezeichnet haben, soll der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen freistehen.

Der Staat, welcher beizutreten wünscht, hat spätestens am 31. Dezember 1904 seine Absicht in einer Urkunde anzuzeigen, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine be-

fiée conforme, par la voie diplomatique à chacun des Etats contractants.

Article 12.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Article 13.

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les Etats qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres Etats contractants.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres Etats.

glaubigte Abschrift davon auf diplomatischem Wege einem jeden der Vertragsstaaten übersenden.

Artikel 12.

Dieses Abkommen tritt am sechzigsten Tage nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden oder nach dem Zeitpunkte der Anzeige von einem Beitritt in Kraft.

Artikel 13.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem Zeitpunkte der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.

Mit diesem Zeitpunkte beginnt der Lauf der Frist auch für diejenigen Staaten, welche die Hinterlegung erst nach diesem Zeitpunkte bewirken oder erst später beitreten.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablaufe des Zeitraums, der in den vorstehenden Absätzen bezeichnet ist, der Regierung der Niederlande zugestellt werden, die hiervon allen anderen Vertragsstaaten Kenntnis geben wird.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Staaten bleibt das Abkommen in Kraft.

NB. Den beiden folgenden Konventionen IV und V ist die Schweiz nicht beigetreten. Sie werden aber der Vollständigkeit halber hier gleichfalls abgedruckt.

IV.

Convention concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.

I. Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels.

Article 1er.

Les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels sont régis par leur loi nationale.

Toutefois, ces droits et ces devoirs ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet également la loi du pays où la sanction est requise.

II. Les biens des époux.

Article 2.

En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura

Abkommen, betreffend den Geltungsbereich der Gesetze in Ansehung der Wirkungen der Ehe auf die Rechte und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen und auf das Vermögen der Ehegatten.

I. Die Rechte und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen.

Artikel 1.

Für die Rechte und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen ist das Gesetz des Staates, dem sie angehören (Gesetz des Heimatstaats), massgebend.

Jedoch dürfen wegen dieser Rechte und Pflichten nur solche Durchführungsmittel angewendet werden, die auch das Gesetz des Landes gestattet, wo die Anwendung erforderlich ist.

II. Das Vermögen der Ehegatten.

Artikel 2.

In Ermangelung eines Vertrages ist für die Wirkungen der Ehe sowohl auf das unbewegliche als auf das bewegliche Vermögen der Ehegatten das Gesetz des Heimatstaates des Mannes zur Zeit der Eheschliessung massgebend.

Eine Änderung der Staatsangehörigkeit der Ehegatten oder des

pas d'influence sur le régime des biens.

Article 3.

La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage.

Article 4.

La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales.

Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers.

Article 5.

La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat.

La même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage.

einen von ihnen ist ohne Einfluss auf das eheliche Güterrecht.

Artikel 3.

Für einen jeden der Verlobten bestimmt sich die Fähigkeit, einen Ehevertrag zu schliessen, nach dem Gesetze seines Heimatstaats zur Zeit der Eheschliessung.

Artikel 4.

Das Gesetz des Heimatstaats der Ehegatten entscheidet darüber, ob sie während der Ehe einen Ehevertrag errichten und ihre güterrechtlichen Vereinbarungen aufheben oder ändern können.

Eine Änderung des ehelichen Güterrechts hat keine Rückwirkung zum Nachteile Dritter.

Artikel 5.

Für die Gültigkeit eines Ehevertrags in Ansehung seines Inhalts, sowie für seine Wirkungen ist das Gesetz des Heimatstaats des Mannes zur Zeit der Eheschliessung oder, wenn der Vertrag während der Ehe geschlossen ist, das Gesetz des Heimatstaats der Ehegatten zur Zeit des Vertragsschlusses massgebend.

Das gleiche Gesetz entscheidet darüber, ob und inwieweit die Ehegatten die Befugnis haben, auf ein anderes Gesetz zu verweisen; haben sie auf ein anderes Gesetz verwiesen, so bestimmen sich die Wirkungen des Ehevertrags nach diesem Gesetze.

Article 6.

Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.

Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat, même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.

Artikel 6.

In Ansehung der Form ist der Ehevertrag gültig, wenn er gemäss dem Gesetze des Landes, wo er errichtet wird, geschlossen ist, oder wenn er geschlossen ist gemäss dem Gesetze des Heimatstaats eines jeden der Verlobten zur Zeit der Eheschliessung oder aber während der Ehe gemäss dem Gesetze des Heimatstaats eines jeden der Ehegatten.

Macht das Gesetz des Heimatstaats eines der Verlobten oder, im Falle der Vertragsschliessung während der Ehe, das Gesetz des Heimatstaats eines der Ehegatten die Gültigkeit des Vertrags davon abhängig, dass er, auch wenn er im Auslande geschlossen wird, einer bestimmten Form genügt, so müssen diese Gesetzesvorschriften beobachtet werden.

Article 7.

Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Artikel 7.

Die Bestimmungen dieses Abkommens sind nicht anwendbar auf solche Grundstücke, welche nach dem Gesetze der belegenen Sache einer besonderen Güterordnung unterliegen.

Article 8.

Chacun des Etats contractants se réserve:

1° d'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers;

Artikel 8.

Jeder der Vertragsstaaten behält sich vor:

1. besondere Förmlichkeiten zu erfordern, wenn der eheliche Güterstand Dritten gegenüber geltend gemacht werden soll;

2° d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet État.

2. solche Vorschriften anzuwenden, welche den Zweck verfolgen, Dritte in ihren Rechtsbeziehungen zu einer Ehefrau zu schützen, die in dem Gebiete des Staates einen Beruf ausübt.

Les États contractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article.

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die nach diesem Artikel anwendbaren Gesetzesvorschriften einander mitzuteilen.

III. Dispositions générales.

Article 9.

Si les époux ont acquis, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, c'est leur nouvelle loi nationale qui sera appliquée dans les cas visés aux articles 1er, 4 et 5.

S'il advient, au cours du mariage, que les époux n'aient pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précités, être considérée comme leur loi nationale.

III. Allgemeine Bestimmungen.

Artikel 9.

Haben die Ehegatten während der Ehe eine neue, und zwar die gleiche Staatsangehörigkeit erworben, so ist in den Fällen der Artikel 1, 4, 5 das Gesetz ihres neuen Heimatstaats anzuwenden.

Verbleibt den Ehegatten während der Ehe nicht die gleiche Staatsangehörigkeit, so ist bei Anwendung der vorbezeichneten Artikel ihr letztes gemeinsames Gesetz als das Gesetz ihres Heimatstaats anzusehen.

Article 10.

La présente Convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi, qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un État contractant.

Artikel 10.

Dieses Abkommen findet keine Anwendung, wenn das Gesetz, das nach den vorstehenden Artikeln angewendet werden müsste, nicht das Gesetz eines Vertragsstaates ist.

IV. Dispositions finales.

Article 11.

La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront

IV. Schlussbestimmungen.

Artikel 11.

Dieses Abkommen soll ratifiziert, und die Ratifikationsurkunden

déposées à La Haye, dès que six des Hautes Parties Contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

sollen im Haag hinterlegt werden, sobald sechs der Hohen Vertragsparteien hierzu in der Lage sind.

Über jede Hinterlegung von Ratifikationsurkunden soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege mitgeteilt werden.

Article 12.

La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires européens des États contractants.

Si un État contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur dans les rapports entre les États qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du Gouverne-

Artikel 12.

Dieses Abkommen findet auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten ohne weiteres Anwendung.

Wünscht ein Vertragsstaat die Inkraftsetzung des Abkommens in seinen aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien oder in seinen Konsulargerichtsbezirken, so hat er seine hierauf gerichtete Absicht in einer Urkunde kundzugeben, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden. Das Abkommen tritt in Kraft für die Beziehungen zwischen den Staaten, die auf diese Kundgebung mit einer zustimmenden Erklärung antworten und den aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien sowie den Konsulargerichtsbezirken, für welche die Kundgebung erfolgt ist. Die zustimmende Erklärung wird gleichfalls im Ar-

ment des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

chive der Regierung der Niederlande hinterlegt, die eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden wird.

Article 13.

Les États représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'article 11, alinéa 1er.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'État qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

Artikel 13.

Die Staaten, die auf der vierten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, werden zur Zeichnung dieses Abkommens bis zu der im Artikel 11 Abs. 1 vorgesehenen Hinterlegung der Ratifikationsurkunden zugelassen.

Nach dieser Hinterlegung soll ihnen der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen stets freistehen. Der Staat, der beizutreten wünscht, gibt seine Absicht in einer Urkunde kund, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden.

Article 14.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications prévu par l'article 11, alinéa 1er.

Dans le cas de l'article 12, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'article 13, alinéa 2, le soixantième jour après la notification des adhésions.

Artikel 14.

Dieses Abkommen tritt in Kraft am sechzigsten Tage nach der im Artikel 11 Abs. 1 vorgesehenen Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.

Im Falle des Art. 12 Abs. 2 tritt es vier Monate nach dem Zeitpunkte der zustimmenden Erklärung und im Falle des Artikel 31 Abs. 2 am sechzigsten Tage nach der Kundgebung des Beitritts in Kraft.

Il est entendu que les notifications prévues par l'article 12, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente Convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 1[er] du présent article.

Es versteht sich, dass die im Art. 12 Abs. 2 vorgesehenen Kundgebungen erst erfolgen können, nachdem dieses Abkommen gemäss Abs. 1 des vorliegenden Artikels in Kraft gesetzt worden ist.

Article 15.

La présente Convention aura une durée de 5 ans à partir de la date indiquée dans l'article 14, alinéa 1[er].

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les États qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'article 12, alinéa 2.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres États.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'article 12, alinéa 2.

Artikel 15.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem im Artikel 14 Abs. 1 angegebenen Zeitpunkte.

Mit demselben Zeitpunkte beginnt der Lauf dieser Frist auch für die Staaten, die erst nachträglich beitreten, und ebenso in Ansehung der auf Grund des Artikel 12 Abs. 2 abgegebenen zustimmenden Erklärungen.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablaufe der im Abs. 2, 3 bezeichneten Frist der Regierung der Niederlande erklärt werden, die hiervon allen anderen Staaten Kenntnis geben wird.

Die Kündigung kann auf die aussereuropäischen Gebiete, Besitzungen oder Kolonien oder auch auf die Konsulargerichtsbezirke beschränkt werden, die in einer auf Grund des Artikel 12 Abs. 2 erfolgten Kundgebung aufgeführt sind.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres États contractants.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Vertragsstaaten bleibt das Abkommen in Kraft.

V.

Convention concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues.

Article 1er.

L'interdiction est régie par la loi nationale de la personne à interdire, sauf les dérogations à cette règle contenues dans les articles suivants.

Article 2.

L'interdiction ne peut être prononcée que par les autorités compétentes de l'État auquel la personne à interdire appartient par sa nationalité et la tutelle sera organisée selon la loi de cet État, sauf les cas prévus aux articles suivants.

Article 3.

Si, dans un des États contractants, un ressortissant d'un autre de ces États se trouve dans les conditions requises pour l'interdiction d'après sa loi nationale, toutes les mesures provisoires néces-

Abkommen über die Entmündigung und gleichartige Fürsorgemassregeln.

Artikel 1.

Für die Entmündigung ist das Gesetz des Staates, dem der zu Entmündigende angehört (Gesetz des Heimatstaats), massgebend, unbeschadet der in den folgenden Artikeln enthaltenen Abweichungen.

Artikel 2.

Die Entmündigung kann nur durch die zuständigen Behörden des Staates, dem der zu Entmündigende angehört, ausgesprochen, und die Vormundschaft wird gemäss dem Gesetze dieses Staates angeordnet werden, abgesehen von den in den folgenden Artikeln vorgesehenen Fällen.

Artikel 3.

Befindet sich in einem Vertragsstaate der Angehörige eines anderen Vertragsstaates in einem Zustande, für den das Gesetz seines Heimatstaats die Entmündigung vorsieht, so können alle erforderlichen vor-

saires pour la protection de sa personne et de ses biens pourront être prises par les autorités locales.

läufigen Massregeln zum Schutze seiner Person und seines Vermögens durch die örtlich zuständigen Behörden getroffen werden.

Avis en sera donné au Gouvernement de l'État dont il est le ressortissant.

Hiervon ist der Regierung des Staates, dem er angehört, Mitteilung zu machen.

Ces mesures prendront fin dès que les autorités locales recevront des autorités nationales l'avis que des mesures provisoires ont été prises ou que la situation de l'individu dont il s'agit a été réglée par un jugement.

Die Massregeln fallen weg, sobald die örtlich zuständigen Behörden von den Behörden des Heimatstaats die Mitteilung erhalten, dass vorläufige Massregeln getroffen seien oder dass die Rechtslage der Person, um die es sich handelt, durch eine Entscheidung geregelt sei.

Article 4.

Les autorités de l'État, sur le territoire duquel un étranger dans le cas d'être interdit aura sa résidence habituelle, informeront de cette situation, dès qu'elle leur sera connue, les autorités de l'État dont l'étranger est le ressortissant, en communiquant la demande en interdiction dont elles seraient saisies et les mesures provisoires qui auraient été prises.

Artikel 4.

Die Behörden des Staates, in dessen Gebiet ein zu entmündigender Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, haben von diesem Sachverhalte, sobald er ihnen bekannt geworden ist, den Behörden des Staates, dem der Ausländer angehört, Nachricht zu geben; hierbei haben sie den Antrag auf Entmündigung, falls sie mit einem solchen Antrage befasst worden sind, und die etwa getroffenen vorläufigen Massregeln mitzuteilen.

Article 5.

Les communications prévues aux articles 3 et 4 se feront par la voie diplomatique à moins que la communication directe ne soit admise entre les autorités respectives.

Artikel 5.

Die in den Artikeln 3, 4 vorgesehenen Mitteilungen werden auf diplomatischem Wege bewirkt, sofern nicht der unmittelbare Verkehr zwischen den beiderseitigen Behörden zugelassen ist.

Article 6.

Il sera sursis à toute mesure définitive dans le pays de la résidence habituelle tant que les autorités nationales n'auront pas répondu à la communication prévue dans l'article 4. Si les autorités nationales déclarent vouloir s'abstenir ou ne répondent pas dans le délai de six mois, les autorités de la résidence habituelle auront à statuer sur l'interdiction en tenant compte des obstacles qui, d'après la réponse des autorités nationales, empêcheraient l'interdiction dans le pays d'origine.

Artikel 6.

Solange nicht die Behörden des Heimatstaats auf die im Artikel 4 vorgesehene Mitteilung geantwortet haben, ist in dem Lande des gewöhnlichen Aufenthalts von jeder endgültigen Massregel Abstand zu nehmen. Erklären die Behörden des Heimatstaats, dass sie nicht einschreiten wollen, oder antworten sie nicht innerhalb einer Frist von sechs Monaten, so haben die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts über die Entmündigung zu befinden; sie haben hierbei die Hindernisse zu berücksichtigen, die nach der Antwort der Behörden des Heimatstaats eine Entmündigung im Heimatland ausschliessen würden.

Article 7.

Dans le cas où les autorités de la résidence habituelle sont compétentes en vertu de l'article précédent, la demande en interdiction peut être formée par les personnes et pour les causes admises à la fois par la loi nationale et par la loi de la résidence de l'étranger.

Artikel 7.

Falls die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts auf Grund des vorstehenden Artikels zuständig sind, kann der Antrag auf Entmündigung von den Personen und aus den Gründen gestellt werden, die zugleich von dem Gesetze des Heimatstaats und dem Gesetze des Aufenthalts des Ausländers zugelassen sind.

Article 8.

Lorsque l'interdiction a été prononcée par les autorités de la résidence habituelle, l'administration de la personne et des biens de l'interdit sera organisée selon la loi locale,

Artikel 8.

Ist die Entmündigung durch die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts ausgesprochen, so wird die Verwaltung in Ansehung der Person und des Vermögens des Entmündigten

et les effets de l'interdiction seront régis par la même loi.

Si, néanmoins, la loi nationale de l'interdit dispose que sa surveillance sera confiée de droit à une personne déterminée, cette disposition sera respectée autant que possible.

Article 9.

L'interdiction, prononcée par les autorités compétentes conformément aux dispositions qui précèdent, produira, en ce qui concerne la capacité de l'interdit et sa tutelle, ses effets dans tous les États contractants sans qu'il soit besoin d'un exéquatur.

Toutefois les mesures de publicité, prescrites par la loi locale pour l'interdiction prononcée par les autorités du pays, pourront être déclarées par elle également applicables à l'interdiction qui aurait été prononcée par une autorité étrangère, ou remplacées par des mesures analogues. Les États contractants se communiqueront réciproquement, par l'intermédiaire du Gouvernement néerlandais, les dispositions qu'ils auraient prises à cet égard.

gemäss dem Gesetze des Ortes angeordnet; für die Wirkungen der Entmündigung ist dasselbe Gesetz massgebend.

Schreibt jedoch das Gesetz des Heimatstaats des Entmündigten vor, dass die Fürsorge von Rechts wegen einer bestimmten Person zukommt, so ist diese Vorschrift tunlichst zu beachten.

Artikel 9.

Eine Entmündigung, die nach vorstehenden Bestimmungen von den zuständigen Behörden ausgesprochen wird, ist, soweit es sich um die Geschäftsfähigkeit des Entmündigten und die Vormundschaft über ihn handelt, in allen Vertragsstaaten wirksam, ohne dass es einer Vollstreckbarkeitserklärung bedarf.

Jedoch können Massregeln zum Zwecke der Veröffentlichung, die das Gesetz des Ortes für eine durch die Behörden des Landes ausgesprochene Entmündigung vorschreibt, von diesem Gesetze gleicherweise auf die durch eine ausländische Behörde etwa ausgesprochene Entmündigung für anwendbar erklärt oder durch gleichartige Massregeln ersetzt werden. Die Vertragsstaaten haben sich gegenseitig durch Vermittlung der Niederländischen Regierung die Vorschriften mitzuteilen, die sie in dieser Hinsicht erlassen haben.

Article 10.

L'existence d'une tutelle établie conformément à l'article 8 n'empêche pas de constituer une nouvelle tutelle conformément à la loi nationale.

Il sera, le plus tôt possible, donné avis de ce fait aux autorités de l'État où l'interdiction a été prononcée.

La loi de cet État décide à quel moment cesse la tutelle qui y avait été organisée. A partir de ce moment les effets de l'interdiction prononcée par les autorités étrangères seront régis par la loi nationale de l'interdit.

Artikel 10.

Ist eine Vormundschaft gemäss Artikel 8 eingeleitet, so steht dies der Anordnung einer neuen Vormundschaft gemäss dem Gesetze des Heimatstaats nicht entgegen.

Von dieser Anordnung ist sobald wie möglich den Behörden des Staates Mitteilung zu machen, in dessen Gebiete die Entmündigung ausgesprochen worden ist.

Das Gesetz dieses Staates entscheidet darüber, in welchem Zeitpunkte die Vormundschaft, die dort eingeleitet ist, endigt. Von diesem Zeitpunkt an ist für die Wirkungen der durch die ausländischen Behörden ausgesprochenen Entmündigung das Gesetz des Heimatstaates des Entmündigten massgebend.

Article 11.

L'interdiction, prononcée par les autorités de la résidence habituelle, pourra être levée par les autorités nationales conformément à leur loi.

Les autorités locales qui ont prononcé l'interdiction pourront également la lever pour tous les motifs prévus par la loi nationale ou par la loi locale. La demande peut être formée par tous ceux qui y sont autorisés par l'une ou par l'autre de ces lois.

Artikel 11.

Eine Entmündigung, die durch die Behörden des gewöhnlichen Aufenthalts ausgesprochen ist, kann von den Behörden des Heimatstaats gemäss ihren Gesetzen aufgehoben werden.

Die örtlich zuständigen Behörden, welche die Entmündigung ausgesprochen haben, können sie ebenfalls aufheben, und zwar aus allen den Gründen, die in dem Gesetze des Heimatstaats oder in dem Gesetze des Ortes vorgesehen sind. Der Antrag kann von jedem gestellt werden, der hierzu nach dem einen oder dem anderen dieser Gesetze ermächtigt ist.

Les décisions qui lèvent l'interdiction auront de plein droit leurs effets dans tous les États contractants sans qu'il soit besoin d'un exequatur.

Article 12.

Les dispositions qui précèdent recevront leur application sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles de l'incapable, sauf exception quant aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Article 13.

Les règles contenues dans la présente Convention sont communes à l'interdiction proprement dite, à l'institution d'une curatelle, à la nomination d'un conseil judiciaire, ainsi qu'à toutes autres mesures analogues en tant qu'elles entraînent une restriction de la capacité.

Article 14.

La présente Convention ne s'applique qu'à l'interdiction des ressortissants d'un des États contractants ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un de ces États.

Toutefois l'article 3 de la présente Convention s'applique à tous les ressortissants des États contractants.

Die Entscheidungen, welche eine Entmündigung aufheben, sind ohne weiteres und ohne dass es einer Vollstreckbarkeitserklärung bedarf, in allen Vertragsstaaten wirksam.

Artikel 12.

Die vorstehenden Bestimmungen finden Anwendung, ohne dass zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen des Entmündigten zu unterscheiden ist; ausgenommen sind Grundstücke, die nach dem Gesetze der belegenen Sache einer besonderen Güterordnung unterliegen.

Artikel 13.

Die in diesem Abkommen enthaltenen Regeln gelten in gleicher Weise für die Entmündigung im eigentlichen Sinne, für die Anordnung einer Kuratel, für die Bestellung eines gerichtlichen Beistandes sowie für alle anderen Massregeln gleicher Art, soweit sie eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge haben.

Artikel 14.

Dieses Abkommen findet nur Anwendung auf die Entmündigung von solchen Angehörigen eines Vertragsstaats, welche ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Gebiet eines der Vertragsstaaten haben.

Jedoch findet der Artikel 3 dieses Abkommens auf alle Angehörigen der Vertragsstaaten Anwendung.

Article 15.

La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que six des Hautes Parties Contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

Article 16.

La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires européens des États contractants.

Si un État contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur dans les rapports entre les États qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de

Artikel 15.

Dieses Abkommen soll ratifiziert und die Ratifikationsurkunden sollen im Haag hinterlegt werden, sobald sechs der Hohen Vertragsparteien hierzu in der Lage sind.

Über jede Hinterlegung von Ratifikationsurkunden soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege mitgeteilt werden.

Artikel 16.

Dieses Abkommen findet auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten ohne weiteres Anwendung.

Wünscht ein Vertragsstaat die Inkraftsetzung des Abkommens in seinen aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien oder in seinen Konsulargerichtsbezirken, so hat er seine hierauf gerichtete Absicht in einer Urkunde kundzugeben, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden. Das Abkommen tritt in Kraft für die Beziehungen zwischen den Staaten, die auf diese Kundgebung mit einer zustimmenden Erklärung antworten, und den aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien sowie den Konsulargerichtsbezirken, für welche die Kundgebung erfolgt ist. Die zu-

même, dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

stimmende Erklärung wird gleichfalls im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt, die eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden wird.

Article 17.

Les États représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'article 15, alinéa 1er.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'État qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

Artikel 17.

Die Staaten, die auf der vierten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, werden zur Zeichnung dieses Abkommens bis zu der im Artikel 15, Abs. 1 vorgesehenen Hinterlegung der Ratifikationsurkunden zugelassen.

Nach dieser Hinterlegung soll ihnen der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen stets freistehen. Der Staat, der beizutreten wünscht, gibt seine Absicht in einer Urkunde kund, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden.

Article 18.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications prévu par l'article 15, alinéa 1er.

Dans le cas de l'article 16, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'article 17, alinéa 2, le soixantième

Artikel 18.

Dieses Abkommen tritt in Kraft am sechzigsten Tage nach der im Artikel 15, Abs. 1 vorgesehenen Hinterlegung der Ratifikationsurkunden.

Im Falle des Artikel 16, Abs. 2 tritt es vier Monate nach dem Zeitpunkte der zustimmenden Erklärung und im Falle des Artikel 17, Abs. 2 am sechzigsten Tage nach

jour après la date de la notification des adhésions.

Il est entendu que les notifications prévues par l'article 16, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente Convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 1er du présent article.

Article 19.

La présente Convention aura une durée de 5 ans à partir de la date indiquée dans l'article 18, alinéa 1er.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les États qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'article 16, alinéa 2.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres États.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'article 16, alinéa 2.

dem Zeitpunkte der Kundgebung des Beitritts in Kraft.

Es versteht sich, dass die im Artikel 16, Abs. 2 vorgesehenen Kundgebungen erst erfolgen können, nachdem dieses Abkommen gemäss Abs. 1 des vorliegenden Artikels in Kraft gesetzt worden ist.

Artikel 19.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem im Artikel 18, Abs. 1 angegebenen Zeitpunkte.

Mit demselben Zeitpunkte beginnt der Lauf dieser Frist auch für die Staaten, die erst nachträglich beitreten, und ebenso in Ansehung der auf Grund des Artikel 16, Abs. 2 abgegebenen zustimmenden Erklärungen.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablaufe der im Abs. 2, 3 bezeichneten Frist der Regierung der Niederlande erklärt werden, die hiervon allen anderen Staaten Kenntnis geben wird.

Die Kündigung kann auf die aussereuropäischen Gebiete, Besitzungen oder Kolonien oder auch auf die Konsulargerichtsbezirke beschränkt werden, die in einer auf Grund des Artikel 16, Abs. 2 erfolgten Kundgebung aufgeführt sind.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres États contractants.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Vertragsstaaten bleibt das Abkommen in Kraft.

B. Die Zivilprozesskonvention.

VI.

Convention relative à la procédure civile.

I. Communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires.

Article 1er.

En matière civile ou commerciale, les significations d'actes à destination de personnes se trouvant à l'étranger se feront, dans les États contractants, sur une demande du consul de l'État requérant adressée à l'autorité qui sera désignée par l'État requis. La demande contenant l'indication de l'autorité de qui émane l'acte transmis, le nom et la qualité des parties, l'adresse du destinataire, la nature de l'acte dont il s'agit, doit être redigée dans la langue de l'autorité requise. Cette autorité enverra au consul la pièce prouvant la signification ou indiquant le fait qui l'a empêchée.

Abkommen über den Zivilprozess.

I. Mitteilung gerichtlicher und aussergerichtlicher Urkunden.

Artikel 1.

In Zivil- oder Handelssachen erfolgt die Zustellung von Schriftstücken, die für eine im Auslande befindliche Person bestimmt sind, innerhalb der Vertragsstaaten auf einen Antrag, der vom Konsul des ersuchenden Staates an die von dem ersuchten Staate zu bezeichnende Behörde gerichtet wird. Der Antrag hat die Behörde, von der das übermittelte Schriftstück ausgeht, den Namen und die Stellung der Parteien, die Adresse des Empfängers sowie die Art des in Rede stehenden Schriftstückes anzugeben und muss in der Sprache der ersuchten Behörde abgefasst sein. Diese Behörde hat dem Konsul die Urkunde zu übersenden, welche die Zustellung nachweist oder den die Zustellung hindernden Umstand ergibt.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de la demande du consul seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque État contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres États contractants, qu'il entend que la demande de signification à faire sur son territoire, contenant les mentions indiquées à l'alinéa 1er, lui soit adressée par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour admettre la communication directe entre leurs autorités respectives.

Alle Schwierigkeiten, die etwa aus Anlass des Antrags des Konsuls entstehen, werden auf diplomatischem Wege geregelt.

Jeder Vertragsstaat kann in einer an die anderen Vertragsstaaten gerichteten Mitteilung das Verlangen ausdrücken, dass der Antrag auf eine in seinem Gebiete zu bewirkende Zustellung, der die im Abs. 1 bezeichneten Angaben zu enthalten hat, auf diplomatischem Wege an ihn gerichtet werde.

Die vorstehenden Bestimmungen hindern nicht, dass sich zwei Vertragsstaaten über die Zulassung des unmittelbaren Verkehrs zwischen ihren beiderseitigen Behörden verständigen.

Article 2.

La signification se fera par les soins de l'autorité compétente de l'État requis. Cette autorité, sauf les cas prévus dans l'article 3, pourra se borner à effectuer la signification par la remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement.

Artikel 2.

Für die Zustellung hat die zuständige Behörde des ersuchten Staates Sorge zu tragen. Diese Behörde kann sich, abgesehen von den im Artikel 3 vorgesehenen Fällen, darauf beschränken, die Zustellung durch Übergabe des Schriftstückes an den Empfänger zu bewirken, sofern er zur Annahme bereit ist.

Article 3.

Si l'acte à signifier est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou s'il est accompagné d'une traduction dans l'une de ces langues, l'autorité re-

Artikel 3.

Ist das zuzustellende Schriftstück in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst oder ist es von einer Übersetzung in eine dieser

quise, au cas où le désir lui en serait exprimé dans la demande, fera signifier l'acte dans la forme prescrite par sa législation intérieure pour l'exécution de significations analogues, ou dans une forme spéciale, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à cette législation. Si un pareil désir n'est pas exprimé, l'autorité requise cherchera d'abord à effectuer la remise dans les termes de l'article 2.

Sprachen begleitet, so lässt die ersuchte Behörde, falls in dem Antrag ein dahingehender Wunsch ausgesprochen ist, das Schriftstück in der durch ihre innere Gesetzgebung für die Bewirkung gleichartiger Zustellungen vorgeschriebenen Form oder in einer besonderen Form, sofern diese ihrer Gesetzgebung nicht zuwiderläuft, zustellen. Ist ein solcher Wunsch nicht ausgesprochen, so wird die ersuchte Behörde zunächst die Übergabe nach den Vorschriften des Artikel 2 zu bewirken suchen.

Sauf entente contraire, la traduction prévue dans l'alinéa précédent sera certifiée conforme par l'agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft ist die im vorstehenden Absatze vorgesehene Übersetzung von dem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder von einem beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates zu beglaubigen.

Article 4.

L'exécution de la signification prévue par les articles 1, 2 et 3 ne pourra être refusée que si l'État, sur le territoire duquel elle devrait être faite, la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Artikel 4.

Die Ausführung der in den Artikeln 1, 2, 3 vorgesehenen Zustellung kann nur abgelehnt werden, wenn der Staat, in dessen Gebiete sie erfolgen soll, sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden.

Article 5.

La preuve de la signification se fera au moyen, soit d'un récépissé daté et légalisé du destinataire, soit d'une attestation de l'autorité de l'État requis, constatant le fait,

Artikel 5.

Der Nachweis der Zustellung erfolgt entweder durch ein mit Datum versehenes und beglaubigtes Empfangsbekenntnis des Empfängers oder durch ein Zeugnis der Behörde

la forme et la date de la signification.

Si l'acte à signifier a été transmis en double exemplaire, le récépissé ou l'attestation doit se trouver sur l'un des doubles ou y être annexé.

des ersuchten Staates, aus dem sich die Tatsache, die Form und die Zeit der Zustellung ergibt.

Ist das zuzustellende Schriftstück in zwei gleichen Stücken übermittelt worden, so ist das Empfangsbekenntnis oder das Zeugnis auf eins der beiden Stücke zu setzen oder damit zu verbinden.

Article 6.

Les dispositions des articles qui précèdent ne s'opposent pas:

1º à la faculté d'adresser directement par la voie de la poste des actes aux intéressés se trouvant à l'étranger;

2º à la faculté pour les intéressés de faire faire des significations directement par les soins des officiers ministériels ou des fonctionnaires compétents du pays de destination;

3º à la faculté pour chaque État de faire faire directement, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires, les significations destinées aux personnes se trouvant à l'étranger.

Dans chacun de ces cas, la faculté prévue n'existe que si des conventions intervenues entre les États intéressés l'admettent ou si, à défaut de conventions, l'État sur le territoire duquel la signification doit être faite ne s'y oppose pas. Cet

Artikel 6.

Die Bestimmungen der vorstehenden Artikel lassen unberührt:

1. die Befugnis, den im Auslande befindlichen Beteiligten Schriftstücke unmittelbar auf dem Postwege zuzusenden;
2. die Befugnis der Beteiligten, die Zustellungen unmittelbar durch die zuständigen Vollziehungsbeamten oder sonst zuständigen Beamten des Bestimmungslandes bewirken zu lassen;
3. die Befugnis jedes Staates, Zustellungen an die im Auslande befindlichen Personen unmittelbar durch seine diplomatischen oder konsularischen Vertreter bewirken zu lassen.

In jedem dieser Fälle besteht die vorgesehene Befugnis nur dann, wenn Abkommen zwischen den beteiligten Staaten sie einräumen oder wenn, in Ermangelung von Abkommen, der Staat, in dessen Gebiete die Zustellung zu erfolgen hat, nicht

État ne pourra s'y opposer lorsque, dans le cas de l'alinéa 1er, numéro 3, l'acte doit être signifié sans contrainte à un ressortissant de l'État requérant.

widerspricht. Dieser Staat kann nicht widersprechen, wenn im Falle des Abs. 1, Nr. 3 das Schriftstück ohne Anwendung von Zwang einem Angehörigen des ersuchenden Staates zugestellt werden soll.

Article 7.

Les significations ne pourront donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'État requis aura le droit d'exiger de l'État requérant le remboursement des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel ou par l'emploi d'une forme spéciale dans les cas de l'article 3.

Artikel 7.

Für Zustellungen dürfen Gebühren oder Auslagen irgendwelcher Art nicht erhoben werden.

Jedoch ist, vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft, der ersuchte Staat berechtigt, von dem ersuchenden Staate die Erstattung der Auslagen zu verlangen, die durch die Mitwirkung eines Vollziehungsbeamten oder durch die Anwendung einer besonderen Form in den Fällen des Artikel 3 entstanden sind.

II. Commissions rogatoires.

Article 8.

En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un État contractant pourra, conformément aux dispositions de sa législation, s'adresser par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre État contractant pour lui demander de faire, dans son ressort, soit un acte d'instruction, soit d'autres actes judiciaires.

II. Ersuchungsschreiben.

Artikel 8.

In Zivil- oder Handelssachen kann sich die Gerichtsbehörde eines Vertragsstaats gemäss den Vorschriften ihrer Gesetzgebung mittels Ersuchen an die zuständige Behörde eines andern Vertragsstaats wenden, um die Vornahme einer Prozesshandlung oder anderer gerichtlicher Handlungen innerhalb des Geschäftskreises dieser Behörde nachzusuchen.

Article 9.

Les commissions rogatoires seront transmises par le consul de l'État

Artikel 9.

Die Ersuchungsschreiben werden durch den Konsul des ersuchenden

requérant à l'autorité qui sera désignée par l'État requis. Cette autorité enverra au consul la pièce constatant l'exécution de la commission rogatoire ou indiquant le fait qui en a empêché l'exécution.

Toutes les difficultés qui s'élèveraient à l'occasion de cette transmission seront réglées par la voie diplomatique.

Chaque État contractant peut déclarer, par une communication adressée aux autres États contractants, qu'il entend que les commissions rogatoires à exécuter sur son territoire lui soient transmises par la voie diplomatique.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour admettre la transmission directe des commissions rogatoires entre leurs autorités respectives.

Article 10.

Sauf entente contraire, la commission rogatoire doit être rédigée, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou bien elle doit être accompagnée d'une traduction faite dans une de ces langues et certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

Staates der von dem ersuchten Staate zu bezeichnenden Behörde übermittelt. Diese Behörde hat dem Konsul die Urkunde zu übersenden, aus der sich die Erledigung des Ersuchens oder der die Erledigung hindernde Umstand ergibt.

Alle Schwierigkeiten, die etwa aus Anlass dieser Übermittlung entstehen, werden auf diplomatischem Wege geregelt.

Jeder Vertragsstaat kann in einer an die anderen Vertragsstaaten gerichteten Mitteilung das Verlangen ausdrücken, dass ihm die in seinem Gebiete zu erledigenden Ersuchungsschreiben auf diplomatischem Wege übermittelt werden.

Die vorstehenden Bestimmungen schliessen nicht aus, dass sich zwei Vertragsstaaten über die Zulassung der unmittelbaren Übermittlung von Ersuchungsschreiben zwischen ihren beiderseitigen Behörden verständigen.

Artikel 10.

Vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft muss das Ersuchungsschreiben in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst oder doch von einer Übersetzung in eine dieser Sprachen begleitet sein, die durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder einen beeidig-

ten Dolmetscher des ersuchten Staates beglaubigt ist.

Article 11.

L'autorité judiciaire à laquelle la commission rogatoire est adressée sera obligée d'y satisfaire en usant des mêmes moyens de contrainte que pour l'exécution d'une commission des autorités de l'État requis ou d'une demande formée à cet effet par une partie intéressée. Ces moyens de contrainte ne sont pas nécessairement employés s'il s'agit de la comparution de parties en cause.

L'autorité requérante sera, si elle le demande, informée de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée, afin que la partie intéressée soit en état d'y assister.

L'exécution de la commission rogatoire ne pourra être refusée que:

1⁰ si l'authenticité du document n'est pas établie;

2⁰ si, dans l'État requis, l'exécution de la commission rogatoire ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire;

3⁰ si l'État sur le territoire duquel l'exécution devrait avoir lieu la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité.

Artikel 11.

Die Gerichtsbehörde, an die das Ersuchen gerichtet wird, ist verpflichtet, ihm zu entsprechen und dabei dieselben Zwangsmittel anzuwenden, wie bei der Erledigung eines Ersuchens der Behörden des ersuchten Staates oder eines zum gleichen Zwecke gestellten Antrags einer beteiligten Partei. Diese Zwangsmittel brauchen nicht angewendet zu werden, wenn es sich um das persönliche Erscheinen streitender Parteien handelt.

Die ersuchende Behörde ist auf ihr Verlangen von der Zeit und dem Orte der auf das Ersuchen vorzunehmenden Handlung zu benachrichtigen, damit die beteiligte Partei ihr beizuwohnen in der Lage ist.

Die Erledigung des Ersuchens kann nur abgelehnt werden:

1. wenn die Echtheit der Urkunde nicht feststeht;

wenn in dem ersuchten Staate die Erledigung des Ersuchens nicht in den Bereich der Gerichtsgewalt fällt;

3. wenn der Staat, in dessen Gebiete die Erledigung stattfinden soll, sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden.

Article 12.

En cas d'incompétence de l'autorité requise, la commission rogatoire sera transmise d'office à l'autorité judiciaire compétente du même État, suivant les règles établies par la législation de celui-ci.

Article 13.

Dans tous les cas où la commission rogatoire n'est pas exécutée par l'autorité requise, celle-ci en informera immédiatement l'autorité requérante, en indiquant, dans le cas de l'article 11, les raisons pour lesquelles l'exécution de la commission rogatoire a été refusée et, dans le cas de l'article 12, l'autorité à laquelle la commission est transmise.

Article 14.

L'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire appliquera les lois de son pays, en ce qui concerne les formes à suivre.

Toutefois, il sera déféré à la demande de l'autorité requérante, tendant à ce qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, pourvu que cette forme ne soit pas contraire à la législation de l'État requis.

Article 15.

Les dispositions des articles qui précèdent n'excluent pas la faculté

Artikel 12.

Im Falle der Unzuständigkeit der ersuchten Behörde ist das Ersuchen von Amts wegen an die zuständige Gerichtsbehörde desselben Staates nach den von dessen Gesetzgebung aufgestellten Regeln abzugeben.

Artikel 13.

In allen Fällen, in denen das Ersuchen von der ersuchten Behörde nicht erledigt wird, hat diese die ersuchende Behörde hiervon unverzüglich zu benachrichtigen, und zwar im Falle des Artikel 11 unter Angabe der Gründe, aus denen die Erledigung des Ersuchens abgelehnt worden ist, und im Falle des Artikel 12 unter Bezeichnung der Behörde, an die das Ersuchen abgegeben wird.

Artikel 14.

Die Gerichtsbehörde, die zur Erledigung eines Ersuchens schreitet, hat, in Ansehung der zu beobachtenden Formen, die Gesetze ihres Landes anzuwenden.

Jedoch ist dem Antrage der ersuchenden Behörde, dass nach einer besonderen Form verfahren werde, zu entsprechen, sofern diese Form der Gesetzgebung des ersuchten Staates nicht zuwiderläuft.

Artikel 15.

Nicht ausgeschlossen wird durch die Bestimmungen der vorstehenden

pour chaque État de faire exécuter directement par ses agents diplomatiques ou consulaires les commissions rogatoires, si des conventions intervenues entre les États intéressés l'admettent ou si l'État sur le territoire duquel la commission rogatoire doit être exécutée ne s'y oppose pas.

Artikel die Befugnis jedes Staates, die Ersuchen unmittelbar durch seine diplomatischen oder konsularischen Vertreter erledigen zu lassen, wenn Abkommen zwischen den beteiligten Staaten dies zulassen, oder wenn der Staat, in dessen Gebiete das Ersuchen erledigt werden soll, nicht widerspricht.

Article 16.

L'exécution des commissions rogatoires ne pourra donner lieu au remboursement de taxes ou de frais de quelque nature que ce soit.

Toutefois, sauf entente contraire, l'État requis aura le droit d'exiger de l'État requérant le remboursement des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais occasionnés par l'intervention d'un officier ministériel, rendue nécessaire parce que les témoins n'ont pas comparu volontairement, ou des frais résultant de l'application éventuelle de l'article 14, alinéa 2.

Artikel 16.

Für die Erledigung von Ersuchen dürfen Gebühren oder Auslagen irgendwelcher Art nicht erhoben werden.

Jedoch ist, vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft, der ersuchte Staat berechtigt, von dem ersuchenden Staate die Erstattung der an Zeugen oder Sachverständige gezahlten Entschädigungen sowie der Auslagen zu verlangen, welche für die wegen Nichterscheinens der Zeugen erforderlich gewordene Mitwirkung eines Vollziehungsbeamten oder durch die etwaige Anwendung des Artikel 14, Abs. 2 entstanden sind.

III. Caution judicatum solvi.

Article 17.

Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un

III. Sicherheitsleistung für die Prozesskosten.

Artikel 17.

Keine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Benennung es auch sei, darf den Angehörigen eines der Vertragsstaaten, die in einem dieser Staaten ihren Wohnsitz haben und vor den Ge-

des États contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.

La même règle s'applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou intervenants pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions par lesquelles des États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution judicatum solvi ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile continueront à s'appliquer.

richten eines anderen dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten auftreten, wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder wegen Mangels eines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthalts auferlegt werden.

Die gleiche Regel findet Anwendung auf die Vorauszahlung, die von den Klägern oder Intervenienten zur Deckung der Gerichtskosten einzufordern wäre.

Die Abkommen, wodurch etwa Vertragsstaaten für ihre Angehörigen ohne Rücksicht auf den Wohnsitz Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten oder von der Vorauszahlung der Gerichtskosten vereinbart haben, finden auch weiter Anwendung.

Article 18.

Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des États contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution, du dépôt ou du versement en vertu soit de l'article 17, alinéas 1er et 2, soit de la loi de l'État où l'action est intentée, seront, sur une demande faite par la voie diplomatique, rendues gratuitement exécutoires par l'autorité compétente dans chacun des autres États contractants.

La même règle s'applique aux décisions judiciaires par lesquelles le

Artikel 18.

Ergeht in einem der Vertragsstaaten eine Verurteilung in die Prozesskosten gegen einen Kläger oder Intervenienten, der von Sicherheitsleistung, Hinterlegung oder Vorauszahlung auf Grund des Artikel 17 Abs. 1, 2 oder eines im Staate der Klageerhebung geltenden Gesetzes befreit ist, so ist diese Verurteilung gemäss einem auf diplomatischem Wege zu stellenden Antrag in jedem der anderen Vertragsstaaten durch die zuständige Behörde kostenfrei für vollstreckbar zu erklären.

Die gleiche Regel findet Anwendung auf gerichtliche Entscheidun-

montant des frais du procès est fixé ultérieurement.

Les dispositions qui précèdent ne s'opposent pas à ce que deux États contractants s'entendent pour permettre que la demande d'exéquatur soit aussi faite directement par la partie intéressée.

Article 19.

Les décisions relatives aux frais et dépens seront déclarées exécutoires sans entendre les parties, mais sauf recours ultérieur de la partie condamnée, conformément à la législation du pays où l'exécution est poursuivie.

L'autorité compétente pour statuer sur la demande d'exéquatur se bornera à examiner:

1º si, d'après la loi du pays où la condamnation a été prononcée, l'expédition de la décision réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

2º si, d'après la même loi, la décision est passée en force de chose jugée;

3º si le dispositif de la décision est rédigé, soit dans la langue de l'autorité requise, soit dans la langue convenue entre les deux États intéressés, ou bien s'il est accompagné d'une traduction, faite dans une de ces

gen, durch die der Betrag der Kosten des Prozesses später festgesetzt wird.

Die vorhergehenden Bestimmungen hindern nicht, dass sich zwei Vertragsstaaten dahin verständigen, auch die Stellung eines Antrages auf Vollstreckbarkeitserklärung unmittelbar durch die beteiligte Partei zu gestatten.

Artikel 19.

Die Kostenentscheidungen werden ohne Anhörung der Parteien, jedoch unbeschadet eines späteren Rekurses der verurteilten Partei, gemäss der Gesetzgebung des Landes, wo die Vollstreckung betrieben wird, für vollstreckbar erklärt.

Die für die Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung zuständige Behörde hat ihre Prüfung darauf zu beschränken:

1. ob nach dem Gesetze des Landes, wo die Verurteilung ausgesprochen ist, die Ausfertigung der Entscheidung die für ihre Beweiskraft erforderlichen Bedingungen erfüllt;
2. ob nach demselben Gesetze die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat;
3. ob der entscheidende Teil der Entscheidung in der Sprache der ersuchten Behörde oder in der zwischen den beiden beteiligten Staaten vereinbarten Sprache abgefasst ist oder doch von einer Übersetzung in eine

langues et, sauf entente contraire, certifiée conforme par un agent diplomatique ou consulaire de l'État requérant ou par un traducteur assermenté de l'État requis.

dieser Sprachen begleitet wird, die vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des ersuchenden Staates oder einen beeidigten Dolmetscher des ersuchten Staates beglaubigt ist.

Pour satisfaire aux conditions prescrites par l'alinéa 2, numéros 1 et 2, il suffira d'une déclaration de l'autorité compétente de l'État requérant constatant que la décision est passée en force de chose jugée. La compétence de cette autorité sera sauf entente contraire, certifiée par le plus haut fonctionnaire préposé à l'administration de la justice dans l'État requérant. La déclaration et le certificat dont il vient d'être parlé doivent être rédigés ou traduits conformément à la règle contenue dans l'alinéa 2, numéro 3.

Den Erfordernissen des Abs. 2, Nr. 1, 2 wird genügt durch eine Erklärung der zuständigen Behörde des ersuchenden Staates, dass die Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat. Die Zuständigkeit dieser Behörde ist, vorbehaltlich anderweitiger Übereinkunft, durch den höchsten Justizverwaltungsbeamten des ersuchenden Staates zu bescheinigen. Die Erklärung und die Bescheinigung, die soeben erwähnt sind, müssen nach Massgabe des Abs. 2, Nr. 3 abgefasst oder übersetzt sein.

IV. Assistance judiciaire gratuite.

Article 20.

Les ressortissants de chacun des États contractants seront admis dans tous les autres États contractants au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, comme les nationaux eux-mêmes, en se conformant à la législation de l'État où l'assistance judiciaire gratuite est réclamée.

Article 21.

Dans tous les cas, le certificat ou la déclaration d'indigence doit être

IV. Armenrecht.

Artikel 20.

Die Angehörigen eines jeden der Vertragsstaaten werden zur Wohltat des Armenrechts in allen anderen Vertragsstaaten ebenso wie die eigenen Staatsangehörigen zugelassen, sofern sie sich nach der Gesetzgebung des Staates richten, wo das Armenrecht nachgesucht wird.

Artikel 21.

In allen Fällen muss die Bescheinigung oder die Erklärung des Un-

délivré ou reçue par les autorités de la résidence habituelle de l'étranger, ou, à défaut de celle-ci, par les autorités de sa résidence actuelle. Dans le cas où ces dernières autorités n'appartiendraient pas à un État contractant et ne recevraient pas ou ne délivreraient pas des certificats ou des déclarations de cette nature, il suffira d'un certificat ou d'une déclaration, délivré ou reçue par un agent diplomatique ou consulaire du pays auquel l'étranger appartient.

Si le requérant ne réside pas dans le pays où la demande est formée le certificat ou la déclaration d'indigence sera légalisé gratuitement par un agent diplomatique ou consulaire du pays où le document doit être produit.

vermögens von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Ausländers oder, in Ermangelung eines solchen, von den Behörden seines derzeitigen Aufenthaltsortes ausgestellt oder entgegengenommen sein. Gehören diese Behörden keinem Vertragsstaat an und werden von ihnen solche Bescheinigungen oder Erklärungen nicht ausgestellt oder entgegengenommen, so genügt die Ausstellung oder Entgegennahme der Bescheinigung oder der Erklärung durch einen diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Landes, dem der Ausländer angehört.

Hält der Antragsteller sich nicht in dem Lande auf, wo das Armenrecht nachgesucht wird, so ist die Bescheinigung oder die Erklärung des Unvermögens kostenfrei von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Landes, wo die Urkunde vorgelegt werden soll, zu beglaubigen.

Article 22.

L'autorité compétente pour délivrer le certificat ou recevoir la déclaration d'indigence pourra prendre des renseignements sur la situation de fortune du requérant auprès des autorités des autres États contractants.

L'autorité chargée de statuer sur la demande d'assistance judiciaire

Artikel 22.

Die zur Ausstellung der Bescheinigung oder zur Entgegennahme der Erklärung über das Unvermögen zuständige Behörde kann bei den Behörden der anderen Vertragsstaaten Auskünfte über die Vermögenslage des Antragstellers einziehen.

Die Behörde, die über den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts

gratuite conserve, dans les limites de ses attributions, le droit de contrôler les certificats, déclarations, et renseignements qui lui sont fournis.

zu entscheiden hat, behält in den Grenzen ihrer Amtsbefugnisse das Recht, die ihr vorgelegten Bescheinigungen, Erklärungen und Auskünfte einer Nachprüfung zu unterziehen.

Article 23.

Si le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite a été accordé au ressortissant d'un des États contractants, les significations relatives au même procès qui seraient à faire dans un autre de ces États ne pourront donner lieu qu'au remboursement par l'État requérant à l'État requis des frais occasionnés par l'emploi d'une forme spéciale en vertu de l'article 3.

Dans le même cas, l'exécution de commissions rogatoires ne donnera lieu qu'au remboursement par l'État requérant à l'État requis des indemnités payées aux témoins ou aux experts, ainsi que des frais nécessités par l'application éventuelle de l'article 14, alinéa 2.

Artikel 23.

Ist die Wohltat des Armenrechts dem Angehörigen eines der Vertragsstaaten bewilligt worden, so werden für Zustellungen, die sich auf denselben Prozess beziehen und die in einem anderen dieser Staaten zu bewirken sind, von dem ersuchenden Staate dem ersuchten Staate nur die Auslagen erstattet, die durch die Anwendung einer besonderen Form auf Grund des Artikel 3 entstanden sind.

In demselben Falle werden für die Erledigung von Ersuchen dem ersuchten Staate von dem ersuchenden Staate nur die an Zeugen oder Sachverständige gezahlten Entschädigungen sowie die durch die etwaige Anwendung des Artikel 14 Abs. 2 erforderlich gewordenen Auslagen erstattet.

V. Contrainte par corps.

Article 24.

La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un des

V. Personalhaft.

Artikel 24.

In Zivil- oder Handelssachen darf die Personalhaft sowohl als Mittel der Zwangsvollstreckung wie auch lediglich als Sicherungsmassregel gegen die einem der Vertragsstaaten angehörenden Ausländer nur in den

États contractants dans les cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays. Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays, pour obtenir la levée de la contrainte par corps, doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un État contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger.

Fällen angewendet werden, in denen sie auch gegen Landesangehörige anwendbar sein würde. Eine Tatsache, auf Grund deren ein im Inlande wohnhafter Inländer die Aufhebung der Personalhaft beantragen kann, soll zugunsten des Angehörigen eines Vertragsstaates die gleiche Wirkung auch dann haben, wenn sich diese Tatsache im Ausland ereignet hat.

VI. Dispositions finales.

Article 25.

La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront déposées à La Haye, dès que six des Hautes Parties Contractantes seront en mesure de le faire.

Il sera dressé de tout dépôt de ratifications un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

Article 26.

La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires européens des États contractants.

Si un État contractant en désire la mise en vigueur dans ses territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou dans ses circonscriptions consulaires judiciaires, il notifiera son intention à cet effet par un acte, qui sera déposé dans

VI. Schlussbestimmungen.

Artikel 25.

Dieses Abkommen soll ratifiziert, und die Ratifikationsurkunden sollen im Haag hinterlegt werden, sobald sechs der Hohen Vertragsparteien hierzu in der Lage sind.

Über jede Hinterlegung von Ratifikationsurkunden soll ein Protokoll aufgenommen werden; von diesem soll eine beglaubigte Abschrift einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege mitgeteilt werden.

Artikel 26.

Dieses Abkommen findet auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten ohne weiteres Anwendung.

Wünscht ein Vertragsstaat die Inkraftsetzung des Abkommens in seinen aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien oder in seinen Konsulargerichtsbezirken, so hat er seine hierauf gerichtete Absicht in einer Urkunde kundzu-

les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur dans les rapports entre les États qui répondront par une déclaration affirmative à cette notification et les territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, et les circonscriptions consulaires judiciaires, pour lesquels la notification aura été faite. La déclaration affirmative sera déposée, de même, dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas, qui en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

Article 27.

Les États représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention jusqu'au dépôt des ratifications prévu par l'article 25, alinéa 1er.

Après ce dépôt, ils seront toujours admis à y adhérer purement et simplement. L'État qui désire adhérer notifie son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.

geben, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden. Das Abkommen tritt in Kraft für die Beziehungen zwischen den Staaten, die auf diese Kundgebung mit einer zustimmenden Erklärung antworten, und den aussereuropäischen Gebieten, Besitzungen oder Kolonien sowie den Konsulargerichtsbezirken, für welche die Kundgebung erfolgt ist. Die zustimmende Erklärung wird gleichfalls im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt, die eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Vertragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden wird.

Artikel 27.

Die Staaten, die auf der vierten Konferenz über internationales Privatrecht vertreten waren, werden zur Zeichnung dieses Abkommens bis zu der im Artikel 25 Abs. 1 vorgesehenen Hinterlegung der Ratifikationsurkunden zugelassen.

Nach dieser Hinterlegung soll ihnen der vorbehaltlose Beitritt zu dem Abkommen stets freistehen. Der Staat, der beizutreten wünscht, gibt seine Absicht in einer Urkunde kund, die im Archive der Regierung der Niederlande hinterlegt wird. Diese wird eine beglaubigte Abschrift davon einem jeden der Ver-

tragsstaaten auf diplomatischem Wege übersenden.

Article 28.

La présente Convention remplacera la Convention de droit international privé du 14 novembre 1896 et le Protocole Additionnel du 22 mai 1897.

Elle entrera en vigueur le soixantième jour à partir de la date où tous les États signataires ou adhérents de la Convention du 14 novembre 1896 auront déposé leurs ratifications de la présente Convention, et au plus tard le 27 avril 1909.

Dans le cas de l'article 26, alinéa 2, elle entrera en vigueur quatre mois après la date de la déclaration affirmative et, dans le cas de l'article 27, alinéa 2, le soixantième jour après la date de la notification des adhésions.

Il est entendu que les notifications prévues par l'article 26, alinéa 2, ne pourront avoir lieu qu'après que la présente Convention aura été mise en vigueur conformément à l'alinéa 2 du présent article.

Artikel 28.

Dieses Abkommen tritt an die Stelle des Abkommens über internationales Privatrecht vom 14. November 1896 und des Zusatzprotokolls vom 22. Mai 1897.

Es tritt in Kraft am sechzigsten Tage nach dem Zeitpunkte, wo alle Staaten, die das Abkommen vom 14. November 1896 gezeichnet haben oder ihm beigetreten sind, ihre Ratifikationsurkunden zu dem vorliegenden Abkommen hinterlegt haben werden, spätestens aber am 27. April 1909.

Im Falle des Artikel 26 Abs. 2 tritt es vier Monate nach dem Zeitpunkte der zustimmenden Erklärung und im Falle des Artikel 27 Abs. 2 am sechzigsten Tage nach dem Zeitpunkte der Kundgebung des Beitritts in Kraft.

Es versteht sich, dass die im Artikel 26 Abs. 2 vorgesehenen Kundgebungen erst erfolgen können, nachdem dieses Abkommen gemäss Abs. 2 des vorliegenden Artikels in Kraft gesetzt worden ist.

Article 29.

La présente Convention aura une durée de 5 ans à partir de la date indiquée dans l'article 28, alinéa 2, pour sa mise en vigueur.

Artikel 29.

Dieses Abkommen gilt für die Dauer von fünf Jahren, gerechnet von dem im Artikel 28 Abs. 2 angegebenen Zeitpunkte seiner Inkraftsetzung.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les États qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auront adhéré postérieurement et aussi en ce qui concerne les déclarations affirmatives faites en vertu de l'article 26, alinéa 2.

Mit demselben Zeitpunkte beginnt der Lauf dieser Frist auch für die Staaten, welche die Hinterlegung erst nach dem Zeitpunkte bewirken oder erst nachträglich beitreten, und ebenso in Ansehung der auf Grund des Artikel 26 Abs. 2 abgegebenen zustimmenden Erklärungen.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

In Ermangelung einer Kündigung gilt das Abkommen als stillschweigend von fünf zu fünf Jahren erneuert.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas 2 et 3, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres États.

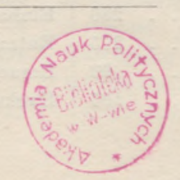
Die Kündigung muss wenigstens sechs Monate vor dem Ablauf der im Abs. 2, 3 bezeichneten Frist der Regierung der Niederlande erklärt werden, die hiervon allen anderen Staaten Kenntnis geben wird.

La dénonciation peut ne s'appliquer qu'aux territoires, possessions ou colonies, situés hors de l'Europe, ou aussi aux circonscriptions consulaires judiciaires, compris dans une notification faite en vertu de l'article 26, alinéa 2.

Die Kündigung kann auf die aussereuropäischen Gebiete, Besitzungen oder Kolonien oder auch auf die Konsulargerichtsbezirke beschränkt werden, die in einer auf Grund des Artikel 26 Abs. 2 erfolgten Kundgebung aufgeführt sind.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres États contractants.

Die Kündigung soll nur in Ansehung des Staates wirksam sein, der sie erklärt hat. Für die übrigen Vertragsstaaten bleibt das Abkommen in Kraft.



Sachregister.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten.)





